ضَوءُ النَّهَارِ

المُشْرِقُ عَلَى صَفَحَاتِ الأَزْهَارِ

تأليف

العلامة الحسن بن أحمد الجلال

المتوفى / ١٠٨٤ هـ

ومعه

منحة الغفار

حاشية ضوء النهار

تأليف

محمد بن إسماعيل الأمير

المتوفى / ١١٨٢ هـ

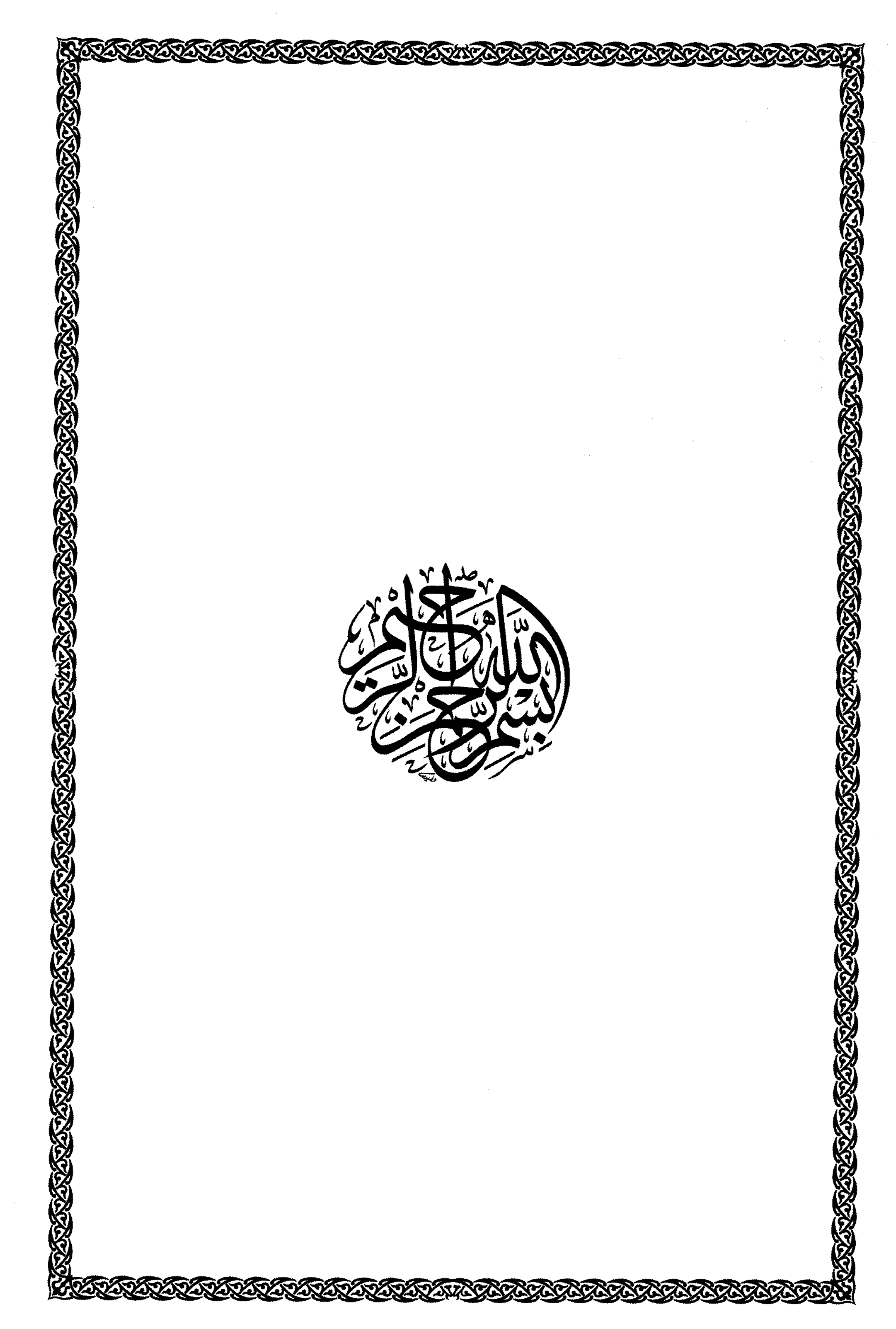
حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

محمد صبحي بن حسن حلاق

« أبو مصعب »

الجزء الخامس : البيوع

الجيل الجديد ناشرون


بسم الله الرحمن الرحيم

ضَوْءُ النَّهَارِ

المُشْرِقِ

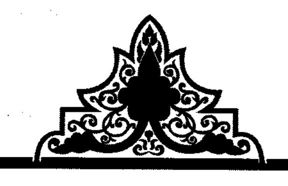
عَلَى صَفَحَاتِ الأَزْهَارِ

٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى
١٣٩٦ هـ
صدرت عن وزارة العدل - بدون تحقيق

الطبعة الأولى المحققة
مكتبة الجيل الجديد - صنعاء
١٤٢٩ هـ - ١٤٣٠ هـ
٢٠٠٨ م - ٢٠٠٩ م



الجيل الجديد ناشرون

اليمن - صنعاء
هاتف ٢١٣١٦٢/٤/٥
فاكس ٢١٣١٦٣
ص.ب.: ٥٤٤ - صنعاء

E-mail:
aljeel@y.net.ye
Web site:
www.aljeel-aljadeed.com

فرع الجامعة الجديدة: هـ/٢٢٧٥٤٠
فرع الحي السياسي: هـ/٤٧٣٩٤٠
فرع عدن: هـ/٢٦٦٤٦٩-٢
فرع تعز: هـ/٢٦٥٩٥٥-٤
فرع الحديدة هـ/٢٣٨٨٣٢-٣
فرع حضرموت : هـ /٣٨٤٠٥٢ - ٠٥
فرع إب : هـ/٤٠١١٩٠-٠٤



بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب البيع
الجزء الثالث من النهار][1]

(**كتاب[أ] البيع**) والشراء يقع كل واحد منهما لغة اسماً لمدلول الآخر فهما مترادفان مشتركان (**فصل شروطه إيجاب**) على عادة المصنف[ب] في جعل الماهية أو

(أ) **بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب البيع) أقول:** في " البحر "[2] هو إخراج عين الملك بعوض والشراء إدخالها وفي الشرع إيجاب وقبول بشروط مخصوصة و اعترضه " المنار "[3] وقال إنه ليس للشرع فيه غير لسان اللغة فهو المبادلة. فهو يتضمن إخراج أحد البدلين عن الملك وإدخال الآخر لكنه غلب الإخراج على البيع، والإدخال على الشراء.

قلت: ولا يخفى أنه سواء كان البيع هو الإخراج أو المبادلة أو النقل فإنه لا يتم إلا بألفاظ كما يأتي في شرائه صلى الله عليه وآله وسلم لجمل جابر [رضي الله عنه] [1]وغيره وتلك الألفاظ اصطلح الفقهاء أن يسمى لفظ البائع إيجاباً ولفظ المشتري قبولاً وهذا لا بأس به ولا خلل فيه إنما الخلل في قول المصنف وفي الشرع إيجاب وقبول، فإنه يظهر منه أنه نقله الشارع إلى ذلك وليس كذلك، فلو قال وفي الاصطلاح لكان حسناً.

(ب) **قوله:** على قاعدة المصنف في جعل الماهية أو جزئها شرطاً، أقول: وهو جعل غير صحيح فإن شرط الشيء غيره. وقد عدل في "الأثمار" عن هذا الرسم تجنباً لهذه المفسدة فقال: هو إيجاب صحيح تصرف بلفظ تمليك عرفاً، قال شارحه وإنما عدل عن لفظ "الأزهار " شروطه إيجاب مكلف، إلى قوله هو إيجاب لأنه لا يستقيم أن يجعل الإيجاب والقبول من شروط البيع لأنهما نفس البيع وشرط الشيء غيره.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٨٩) .

(٣) (٢ / ٥) .

جزئها شرطاً. أما صحة صدوره من (**مكلف**) فلا نزاع فيها، وأما قوله: (**أو مميز**) مأذون فخالف فيه الشافعي لنا قوله تعالى﴿ وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾[1]والابتلاء اختبار تصرفهم بالبيع والشراء وغيرهما قالوا، قال تعالى﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[2]قلنا: قيدان لدفع أموالهم لا صحة لنفوذ تصرفهم[3]وفيه النزاع.

وتقدم للمصنف في النكاح في قوله وشروطه أربعة فتذكر، وقد رسم الحافظ ابن حجر البيع في " فتح الباري"[4] بقوله: إنه نقل [5]ملك إلى الغير بثمن والشراء قبوله، قال وحكمة شرعيته أن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه غالباً وصاحبه لا يبذله مجاناً، ففي تشريع البيع وسيلة إلى بلوغ الغرض من غير حرج، وذكر الدميري في "شرح المنهاج "[6]أن البيع أنواع ثلاثة، بيع أعيان موجودة وهو المراد هنا، وبيع أعيان معدومة وهو السلم، وبيع منافع وهي الإجارة.

(**فائدة**) صح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اتجر لخديجة رضي الله عنها وكان أبو بكر تاجراً وعمر في الطعام وعثمان في البر والطعام والعباس في العطر قاله الدميري [7]أيضاً.

---

(١) [سورة النساء : ٦] .

(٢) [سورة النساء : ٦] .

(٣) وأما اعتبار كون المالك مكلفاً فأمر لا بد منه لأن نفوذ التصرفات موقوف على بلوغ المتصرف إلى سن التكليف . وهي أول مظنات الرشد ، وأما من دون التكليف فقد عرفت أن الله سبحانه أمر الولى بأن يحل – قال تعالى ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِٱلْعَدْلِ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ ... ﴾[البقرة : ٢٨٢] عنه وجعل تصرفاته إليه ، وإذا أذن له بالتصرف كان المعتبر هو هذا الإذن الصادر من الولي ، لا مجرد تصرف غير المكلف .

" السيل الجرار " (٢ / ٥٢٣- ٥٢٤) .

(٤) (٤ / ٢٨٧) .

(٥) انظر : " القاموس المحيط " (ص ٩٠٠) .

(٦) (٤ / ٨) .

(٧) (٤ / ٨) .وانظر : " السيرة النبوية " لابن هشام (١ / ١٨٨) .

قالوا : حديث رفع(أ) القلم تقدم، فلو صح بيعه لاستلزم تكليفه بتسليم المبيع أو الثمن فنافى رفع القلم عنه، قلنا البيع في الحقيقة بالإذن قالوا غايته وكيل والحقوق تتعلق بالوكيل عندكم، قلنا بل كالفضولي، قالوا الإذن فارق ثم أصل القياس ممنوع وسيأتي.

قلنا: صححتم عبادته قالوا لأنها لا تلزمه حقاً فهي له لا عليه وقد تقدم تحقيقه. ولابد من صدور الإيجاب من (**مختار**) غير مكره لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[1] والمكره غير راضٍ إلا أن ينوي تمليك المشتري نفذ إذ لم يكره على النية كما تقدم في الطلاق، وأما إكراه الحاكم له على البيع لقضاء دينه فمخصوص بأدلته الآتية في القضاء إن شاء الله تعالى، وسيأتي الكلام في بيع المضطر بغير إكراه على البيع.

(أ) **قوله**: رفع القلم[3]، أقول: الحديث في رفع العقاب الأخروي عما يفعلونه مما نهى عنه أو يتركونه مما أمر به، فلا يشمل محل النزاع إذ الكلام في المعاملات الدنيوية ولذا يلزمهم ضمان الجنايات ونحوه، والمصنف نظر الاستدلال بأنه الابتلاء ولم يبين وجهه وفي " المنار"[4] يحتمل أن يكون وجهه احتمال أن الابتلاء بعد البلوغ وأنه يحصل الابتلاء بدون نفوذ العقد بل مع وقفه على إجازة الولي.

قلت ولا يخفى أن الأول لا يوافق حتى إذا بلغوا النكاح، فإنه ظاهر أن الابتلاء قبل البلوغ، وقيل وجه النظر أن الابتلاء بالتصرف لا يجب والحق في أصل المسألة أن الآية محتملة والحديث في غير محل النزاع والأصل عدم صحة تصرف غير البالغ العاقل فالبقاء عليه هو الوجه.

---

(١) [سورة النساء : ٢٩]

(٢) لأن المحجور محبوس عن التصرف ، فهو كالمحكوم عليه بعدم التصرف في المال الذي تناوله الحجر إذا وقع من متأهل للحكم وصادف سبباً يقتضي الحجر .

" السيل الجرار " (٢ / ٥٢٤) .

(٣) تقدم نصه وتخريجه مراراً .

(٤) (٢/ ٧ – ٨) .

وأما ذكر (*مطلق التصرف*) عن الحجر (*مالك*) فمخل[أ] بالعكس لأن عقد غيرهما موقوف فيلزم من ذكرهما خروج البيع الموقوف، فلو قال إيجاب أو إجازة أو حذفهما لسلم.

وربما[ب] قيل إنه لإخراج العبد فإنه لا يملك وإن ملك خلافاً لمالك [1]وقول للشافعي[2] لنا قوله تعالى: ﴿لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾[3] قالوا : وصف وموضوعه التقييد

(أ) **قوله:** فمخل بالعكس، أقول: لك أن تقول أن الرسم للبيع الناجز النافذ بدليل إتيانه بالموقوف بعد ذلك [4]على حده، وعدل في "الأثمار "إلى قوله صحيح تصرف قال ابن بهران: أراد بصحيح التصرف من يصح تصرفه وإن كان موقوفاً في الحال ومثله في "الفتح"[5].

(ب) **قوله:** وربما قيل إنه أقول: أي لفظ مالك لإخراج العبد فإنه غير مالك للآية والاستدلال بها من مفهوم[6]الصفة، والمصنف لا يثبته في الأصول، وكذلك الشارح ولأنه مبني على أنه كاشف والأصل في الصفة التقييد كما قال الشارح والأحاديث مؤيدة للأصل فإطباق الجماهير على عدم ملكه لم يعتمد دليلاً ظاهراً.

وقوله: فصحة تصرف السيد جواب ما لعله يقال : لو كان العبد مالكاً لما جاز للسيد التصرف فيما حصله وهو كما قال الشارح لا ينافي ملكه لأن الشارع حكم بأنه للسيد إذا لم يشترطه المشتري مع إضافة إلى العبد وإلى ما جنح إليه الشارح جنح "المنار"[7] ويأتي[8] لنا تحقيق البحث واختيارنا كلام الجمهور وإبانة ما في كلام "المنار" من الوهم قريباً. **[٣/٤٦٠]**.

---

(١) " عيون المجالس " (٣ / ١٤٧٠) ٠

(٢) " روضة الطالبين " (٣ / ٥٤٨) ٠

(٣) [سورة النحل : ٧٦] ٠

(٤) [في فصل الموقوف ٠ تمت] ٠

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ٢٧٨) ٠

(٦) تقدم تعريفه وحكم العمل به ٠

(٧) (٢ / ١٠) ٠

(٨) [في الكتابة] ٠

ومفهومه ملك من يقدر ، قلنا : بل وصف كاشف كمملوك فلا مفهوم له، قالوا : الوصف الكاشف نادر ولا يحمل الخطاب على النادر، قلنا : مالك مملوك متناف ، قالوا : ممنوع فإن الحر مملوك لله تعالى وقد ملك بتمليك سيده وصحة تصرف السيد في ملك العبد لا ينافي الملك لتصرف الحاكم في ملك المحكوم عليه، وأيضاً حديث " من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع " الجماعة كلهم من حديث ابن عمر[١] مرفوعاً ولأبي داود[٢] وابن حبان[٣] عن جابر نحوه ورواه النسائي وأبو داود والترمذي والقزويني من وجهين عن عبادة [٤]بن الصامت .

قلنا : المراد بِلَهُ مالٌ كونه في يده بالإذن من سيده، قالوا : تعسف لا يساعده لأم الملك لأن الأصل فيها الحقيقة.

ثم لو قال المصنف إيجاب أو إجازته من مالكهما لكان جامعاً مستغنياً عن قوله مطلق التصرف مالك (**أو متول**) كالولي والوكيل [٣/٤٦٠] ولابد من كون الإيجاب (**بلفظ**) دال عرفاً على (**تمليك**) المشتري (**حسب العرف**) الجاري في بيع المبيعات المختلفة كلفظ الشيط في الطعام والقضاء في الدين، وبالجملة لفظ يدل على الرضى. بإخراج المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري إلا أن الاكتفاء بما جرى به العرف يقضي[أ] بأن لا يصح تخصيص المحقر بما اعتاده الناس كما سيأتي.

(أ) **قوله:** يقضي بأن لا يصح تخصيص المحقر، أقول: لأنه قد لزم من الاكتفاء باللفظ العرفي مساواة غير المحقرات لها فيما اعتاده الناس من الألفاظ، قلت ولو قيل بأنه أريد بقوله ويكفي في المحقر ما

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٣٧٩) ومسلم رقم (١٥٤٣) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٣٥) .

(٣) في صحيحه رقم (٤٩٠٣) وهو حديث صحيح .

(٤) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٢٦) .

(**و**) لا يكفي الإيجاب من البائع حتى ينضم إليه (**قبول غيره**) لذلك الإيجاب لعدم صحة تولي واحد للإيجاب والقبول خلافاً للناصر[١] والمنصور في الأب ولأبي حنيفة[٢] ومالك[٣] فيه وفي وصيه، وللشافعي[٤] في الأولياء كلهم قلنا يستلزم أن يكون ضامناً للدرك على نفسه ولها ، قالوا : لا مانع من ذلك وغايته استبعاد، قلنا: اجتماع نقيضين، قالوا : إنما يمتنع إذا كانا صادرين عن جهة واحدة أما إذا اختلفت الجهتان فلا كالصلاة[أ] في الدار المغصوبة طاعة من جهة الصلاة ومعصية من جهة الغصب وسيأتي في الوقت أن للمتولي معاملة نفسه بلا عقد ولابد من كون تلك المعاملة موجبة للملك وإلا لما جاز الاستهلاك بها.

ولابد من كون القابل (**مثله**) أي مثل الموجب في أوصافه المقدمة ويكون الإيجاب والقبول (**متطابقين**) أي: يكون القبول متعلقاً بما تعلق به الإيجاب الواحد فلو تعدد

اعتاده الناس المعاطاة فقط من دون عبارة لكان للتخصيص وجه لكن كلام المصنف في شرحه يأباه فإنه قال في الغيث أنه لابد في المحقرات من الإيجاب والقبول أو ما هو من جهة التعارف وعادة المسلمين في معنى الإيجاب والقبول، [قال] [٥]وإنما لا يحتاج في بيعها إلى أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين مضافين إلى النفس.

(أ) **قوله:** كالصلاة في الدار المغصوبة، أقول: لا يصح للقائلين بعدم صحتها وهم بعض من تقدم على أن ذلك في العبادات والكلام في المعاملات، فلا قياس لأحدهما على الآخر، نعم ما يأتي في الوقف يرد به النقض.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٧ – ٢٩٨) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٢٣ – ١٢٤) .

(٣) " مدونة الفقة المالكي " (٣ / ٢٠٧ – ٢٠٨) .

(٤) انظر " البيان " للعمراني (٥ / ١٤ – ١٥) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

الإيجاب ومتعلقه فقبل أحد الإيجابين بمتعلقه ولم يقبل الآخر بمتعلقه صح، ولابد من أن يكون الإيجاب والقبول أيضاً (**مضافين إلى النفس**) أي: مسندين إليها لأنهما فعلان ولو قال كذلك لكان هو الصواب لأن قوله بعت عن فلان وشريت لفلان إضافة إلى الغير مع صحة الإيجاب والقبول (**أو في حكمهما**) أي: في حكم المضافين كما إذا قال البائع اشتريت مني بكذا فقال المشتري نعم، أو قال المشتري بعت مني بكذا فقال البائع نعم، وقال السيد يحيى[1] لا يثبت عند الهادوية بمثل ذلك وإن صححه المؤيد بالله. والحق قول السيد يحيى لأن ألفاظ العقود خبر عما في النفس[أ] والخطابات المذكورات استفهام [2] عما

(أ) **قوله:** خبر عما في النفس، أقول: تقدم له هذا في الطلاق أيضاً وتقدم الكلام في ذلك، واعلم أن هذه الصيغ اختلف فيها أهل الأصول فقالت الحنفية[3] هي إخبار وقالت الحنابلة والشافعية[4] هي إنشاءات لا أخبار لوجوه أحدها أنها لو كانت أخباراً لكانت كذباً لأنه لم يتقدم فيه مخبره من البيع والعتق وليس خبراً عن مستقبل وأجيب عنه بأنها أخبار عن الحال فمخبرها مقارن للتكلم بها.

وقد بسط القول ابن القيم [5]في أدلة الفريقين ثم قال وفصل الخطاب في ذلك أن لهذه الصيغ نسبتين نسبة إلى متعلقاتها الخارجية فهي من هذه الجهة إنشاءات محضة كما قالته الحنابلة والشافعية ونسبة إلى قصد المتكلم وإرادته فهي من هذه الجهة خبر عما قصد كما قالته الحنفية فهي إخبارات نظراً إلى معانيها الذهنية، إنشاءات بالنظر إلى متعلقاتها الخارجية، وعلى هذا إنما لم يحسن أن يقابل بالتصديق والتكذيب وإن كان إخباراً، لأن متعلق التصديق والتكذيب النفسي والإثبات ومعناهما مطابقة الخبر لمخبره أو عدم مطابقته، وهذا المخبر حصل بالخبر حصول المسبب بسببه فلا يتصور فيه تصديق ولا تكذيب وإنما يتصوران في خبر لم يحصل مخبره ولم يقع به نحو قام زيد فتأمله انتهى.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٧) .

(٢) انظر : تفصيل في " البيان " للعمراني (٥ / ١٥) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٢٣) .

(٤) " روضة الطالبين " (٣ / ٣٣٧) " البيان " للعمراني (٥ / ١٥ - ١٦) .

(٥) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢١ - ومابعدها) وانظر " إعلام الموقعين " (٣ / ٥٣٣- ٥٣٦) .

في نفس الغير ولابد أن يكون (**غير مؤقت**)[1] وإلا انقلب إجارة لما سيأتي من انعقاد الإجارة بلفظ البيع (**و**) أما اشتراط أن (**لا**) يكون بلفظ (**مستقبل أيهما**) فلما تقدم في النكاح من أن ذلك عدة لا بتٌّ للعقد، أما لو قال أحدهما بع مني هذا فقال بعت فكذا على المذهب لا يكفي[أ] وقال المؤيد بالله[2] والناصر والشافعي[3] يكفي في ثبوت

قلت: وهذا لا يتم إلا بناء على أن التصديق والتكذيب ليس خاصية لماهية الخبر من حيث هو بل لقسم منه وكأنه أشار بالتأمل إلى هذا ثم لا أدري هل للخلاف في هذه الصيغ فائدة فإن أحكامها ثابتة بها على التقديرين ثم لا يخفى أن في قول الشارح تأملاً لأنه لم يثبت عقد البيع باللفظ الاستفهامي فإنه صادر عن لافظه لا بقصد العقد فإنه سائل لغيره هل باع العين المشار إليها أو شراها وقول الغير نعم به رفع الإيقاع لأنها قائمة مقام الجملة أي: اشتريت أو بعت كما عرف في النحو فلم يقع باللفظ الاستفهامي عقد أصلاً نعم المستفهم اسم فاعل لم يقع منه لفظ أصلاً لا بالإيجاب بالأول ولا بالقبول كما لا يخفى فهذه الصورة تتمشى صحتها على القول باعتبار الرضى من دون ملاحظة لفظ لأنه باستفهامه للغير علم أنه راض بالإيجاب أو القبول فتأمل.

ثم عبارة المصنف قاضية بأنه قد وقع الإيجاب والقبول ولم يفت إلا الإضافة إلى النفس وليس كذلك فإن أحد اللفظين لا وجود له في العبارة.

(أ) **قوله:** لا يكفي، أقول: هنا لم يقع إلا الإيجاب فقط فإن لفظ الأمر ليس قبولاً ضرورة ولا إيجاباً بل سؤالاً للغير أن يوجب فإن وجب فأين لفظ القبول فلا فرق بينها وبين صورة الاستفهام التي جعلت في حكم المضافين فإن اكتفى بأن الاستفهام لازم عن الرضا فكذلك الأمر.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٤ – ٥٢٥) وأما قوله : غير مؤقَّت فصحيح لأن اللفظ الدال على التوقيت قد أشعر بخلاف موجب البيع وهو مصير المبيع إلى مالك المشتري من غير تقييد .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٨) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ١٤) .

العقد، لنا أن الأمر هو المضارع، قالوا :الطلب قبول وزيادة ولهذا صح[أ] النكاح به بخلاف المضارع فإنما هو محض عدة، وأما قول المصنف لأنه خص النكاح الخبر فتهافت ولأن تخصيص الصحة فرع تعميم[ب] المنع ولا منع لأن صحته في النكاح أصل يقاس عليه البيع

(أ) **قوله:** ولهذا صح به النكاح، أقول: كما في حديث [1]الواهبة نفسها للذي قال زوجنيها يا رسول الله واستغنى بالسؤال عن القبول كما تقدم.

(ب) **قوله:** فرع تعميم المنع، أقول: الأحسن فرع صحة المنع ولضعف كلام المصنف نقل ابن بهران أنه قال بعض المحققين أما وقوع النكاح والخلع ونحوهما بلفظ الأمر فليس على ظاهره بل الأمر توكيل والإيجاب والقبول وقعا بلفظ واحد فلذلك لم يصح إلا فيما يصح أن يتولى طرفيه واحد قيل، وهذا ضعيف إذ يلزم منه الصحة في غير مجلس الأمر. انتهى.

قلت: ولا يخفى أنه استدلال بالمذهب أيضاً والحق أن ما دل على التراضي انعقد به البيع وقد ثبت عند الشيخين[2] والترمذي[3] وأبي داود[4] والنسائي[5] حديث جابر في بيعه الجمل من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ففي لفظ البخاري [6]أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال له: " أتبيعنيه" وفي لفظ لمسلم[7] " تبيعنيه " فقال جابر: قلت: (نعم)، وفي لفظ[8]: "بعنيه بأوقية فبعته "، وله عدة ألفاظ [9]دالة على أنه اكتفى بالاستفهام أو بالأمر .

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) البخاري في صحيحه رقم (٢٧١٨) ومسلم رقم (١٠٩ / ٧١٥) .

(٣) في " السنن " رقم (١٢٥٣) .

(٤) لم أجده عند أبي داود .

(٥) في " السنن " (٧ / ٢٩٧) وفي " الكبرى " رقم (٧ / ٨٨)

(٦) في صحيحه رقم (٢٧١٨) .

(٧) في صحيحه رقم (٧١٥) .

(٨) أخرجه في صحيحه رقم (٢٧١٨) ومسلم رقم (١٠٩ / ٧١٥) .

(٩) منها ما أخرجه البخاري رقم (٣٠٨٩) ومسلم رقم (١١٥ / ٧١٥) بلفظ : " بأوقيتين ودرهم أو درهمين " . وما أخرجه أحمد (٣ / ٣٧٢ ، ٣٧٣) ومسلم رقم (١١٣ / ٥١٧) بلفظ " بخمس أوراق " .

والفرق بأن النكاح قليل المماكسة بخلاف البيع لا دخل له في العقد (**ولا**) بد من أن يكون كل منهما [٤٦١/٣] غير (**مقيد بما يفسدهما**) من الشروط الآتي بيانها إن شاء الله تعالى.

وأخرجه مسلم[1] والأربعة من حديث جابر[2]، قال جاء عبد فبايع على الهجرة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يشعر النبي صلى الله عليه وآله وسلم فجاء سيده يريده فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعنيه فاشتراه بعبدين أسودين .

والظاهر أنه كان العقد بهذا اللفظ، وأخرج البخاري[3] والترمذي[4] والنسائي[5] وابن ماجة[6] والدارقطني[7] عن عبد المجيد بن وهب قال: قال لي العداء بن خالد: ألا أقريك كتاباً كتبه لي صلى الله عليه وآله وسلم هذا ما اشتراه العداء بن خالد من (محمد رسول الله) اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبيثة بيع المسلم المسلم ولم يقل بقول البائع بعت المشتري اشتريت ولا غيرهما من الألفاظ المحدثة وقال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[8] والرضى لا يشترط له عبارة وقد جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم رضى البكر[9] صماتها، فمعرفة الرضى غير منحصرة في اللفظ ولا في لفظ معين ويأتي للشارح قريباً اختيار هذا وقد اختاره "المنار"[10] ومن قبله ابن القيم في "الهدى"[11]. [٤٦١/٣].

---

(١) في صحيحه رقم (١٦٠٢) .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٣٣٥٨) والترمذي رقم (١٢٣٩) والنسائي (٨ / ١٥٠) وابن ماجة رقم (٢٨٦٩) وهو حديث صحيح .

(٣) في صحيحه رقم (٦٩٨٠) من حديث أبي رافع " الأداء ولا خِبْثة ولا غائلة " .

(٤) في " السنن " رقم (١٢١٦) .

(٥) في " السنن الكبرى " رقم (١١٦٨٨) .

(٦) في " السنن " رقم (٢٢٥١) .

(٧) في " السنن " (٣ / ٧٧) . وهو حديث حسن .

(٨) [سورة النساء : ٢٩] .

(٩) تقدم وهو حديث صحيح .

(١٠) (٢ / ٩ – ١٠) .

(١١) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢١ – ٧٢٢) .

(***ولا تخللهما في المجلس إضراب***)[1] بالنية (***أو رجوع***) بالقول أما رجوع السابق منهما بالإمضاء قبل إمضاء صاحبه فظاهر وأما الإضرار فهو عبارة عن نية[أ] ترك فعل المعزوم على فعله ولا دليل على أن نية المتأخر لترك إمضاء ما كان عزم على إمضائه تبطل إمضاء صاحبه، بحيث لو عاد إلى الإمضاء قبل إضراب صاحبه لم يصح العقد لتوقف ذلك على حصول دليل على مانعية توسط الإضراب، أو على شرطية استمرار نية الإمضاء، والمعتبر ليس إلا حصول كل من الركنين عن رضى من صاحبه واختيار وتقدم تحقيقه في النكاح ثم التقييد بفي المجلس لا حاجة إليه بل مفهومه مختل لأنه يفهم أن تخللهما في نحو البيع الموقوف على إجازة الغائب لا يضر.

وليس كذلك[ب]، ولابد أن يكون الإيجاب والقبول (**في مالين**) [2]بناء على أن المنافع ليست بمال توهماً أن الإجارة واردة على خلاف القياس لأنها بيع منافع معدومة

(أ) **قوله:** عن نية ترك فعل المعزوم على فعله، أقول: هذا التفسير لم أره لغير الشارح وفسره المصنف في "الغيث "بالاشتغال بمكالمة الغير أو القيام لحاجة، وحاصله ما يدل على الإعراض من القرائن لا أنه نفس النية، وأما الدليل على مانعية توسط الإضراب فما هو إلا العرف وإلا لزم لو أوجب اليوم وقَبِلَ غداً أو إلى سنة لصح.

(ب) **قوله:** وليس كذلك، أقول: لك أن تقول الكلام في رسم البيع الناجز غير الموقوف وقد قال [أي] المصنف في عبارته مالكُ ولم يكتف بقوله وقبول غيره أو إجازته كما أشرنا إليه، وقد حذف الأثمار والفتح في المجلس كأنه لما ذكره الشارح وحذفهما له يدل على أن الحد عام للبيع الناجز والموقوف فيتم ماوجهنا به من أن الحد للناجز ولا يدخل فيه الموقوف .

---

(١) وجهه أن الإضراب قد دل على عدم الرضا وطيب النفس ، وكذلك الرجوع ، واعتبار المجلس قد ورد به الشرع كما سيأتي في الحديث الصحيح : " البيعان بالخيار مالم يتفرَّقا " . " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٥) .

(٢) وأما اعتبار أن يكون في مالين معلومين فغير مُسلَّم ،فإنه إذا حصل الرضا وطيبة النفس ببيع المجهول تفصيلاً والمعلوم جملة كان البيع صحيحاً إذا لم يكن فيه نوع من أنواع الغرر التي ورد النهي عن البيع مع وجودها كما سيأتي. " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٥) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

ولهذا لا يجوزون بيع الحق كما سيأتي، ولابد من كون المالين (**معلومين**) تفصيلاً أو جملة كبيع الجزاف كما سيأتي ويكونان مما (***يصح تملكهما في الحال***) أي حال البيع لأرض مكة ولا والوقف الذي لم يبطل نفعه في المقصود كما سيأتي.

(**و**) لو اكتفى عن هذا القيد بقوله يصح (***بيع أحدها بالآخر***) لكفى[أ] عنه وعن قوله جائز البيع لأن ما لا يجوز بيعه بمقابله لا يصح بيعه به مع أن ذكر مالك فيما تقدم كاف عنه لأن ما لا يكون مملوكاً لا يكون بايعه مالكاً له واحترز بهذا عن نحو بيع الرطب بالتمر ونحوه مما سيأتي في المناهي ولابد من صدور العقد.

(***والمبيع موجود***) أي: متعين لما سيأتي إلا في السلم وبيع ما في الذمة ممن هو عليه ولا حاجة إلى قوله: (***في الملك***) لصحة البيع الموقوف كما سيأتي.

وأما قوله: (***جائز البيع***) فاحترز به عن بيع النجس وما لا نفع فيه فإن مثل ذلك وإن صح تملكه فلا يصح بيعه ولا بد من أن يقيد جواز البيع بفي الحال كما قيد به التملك وإلا لورد التفريق بالبيع بين ذوي الأرحام المحارم فإنه جائز البيع بالإطلاق وإن لم يجز قبل بلوغ الصغير وكذا الوقف فإنه يجوز بيعه وتملكه إذا بطل نفعه في المقصود، فلو أطلق التملك عن القيد المذكور وقيد به جواز البيع لكان هو الصواب.

وقد أراد المصنف بتكثير القيود تعريف البيع الصحيح ليكون تعريفاً للنوع لا للجنس ولا وجه للتخصيص لأن الفاسد بيع يقتضي الملك، وإنما يحتاج إلى زيادة شرط هو القبض وكان[ب] أخصر من ذلك نقل عين عن ملك إلى آخر بعوض عن تراض بين جائزي التصرف.

(أ) **قوله:** لكفى عنه، أقول: تقرر عند المحققين أنه لا يناقش في الرسوم بإغناء اللاحق عن السابق إنما يتجه عكسه على أن تكثير القيود لإيضاح الماهية لا ضير فيه سيما في هذه الفروع.

(ب) **قوله:** وكان أخصر من ذلك إلخ، أقول: وما ذكره من الرسم غير مانع لدخول الهبة بعوض فيه فلا يتم قوله أن ذكره بعوض يخرج الهبة، واعلم أنه أسقط منه قيدي الإيجاب والقبول فلا يتم على

وأما قوله: (*ويكفي في المحقر ما اعتاده الناس*[1]) من العبارة في بيعه وشرائه فمقدار المحقر مجهول وإن حدَّه البعض من تلقاء نفسه بما دون ربع المثقال أو قيراط المثقال فما دون فذلك تحديد ليس بشرعي ثم قد نبهناك على أنَّ لا دليل على تخصيصه بكفاية المعتاد فيه دون غيره فالحق كفاية كل ما يدل على حصول الرضا بما لم ينه عنه، كالملامسة والمنابذة مما سيأتي إن شاء الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[2] وعليه دل حديث: " أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على حلس وقدح لبعض أصحابه فقال رجل هما عليّ بدرهم وقال الآخر هما عليّ [٣/٤٦٢] بدرهمين، فقال النبي صلى

ما اختيار المصنف ولا يصح أنه أراد به ما يختاره هو فإنه إنما أراد أخصر من عبارة المؤلف مع وفائه بمعناها وإلا لقال الصواب أو الصحيح، وهذا الكلام على نسخة من الشرح لفظها نقل عين من ملك إلى آخر بعوض عن تراضي بين جائزي التصرف، فنقل العين يخرج المنفعة، والحق والملك يخرج ما لم يملك كما ليس عند البائع وما لم يقبض، والعوض يخرج الهبة ونحوها، والتراضي يخرج الغصب ونحوه، وجواز التصرف يخرج المحجور وغير المكلف انتهت. والذي حشينا عليه النسخة الأخرى. [٣/٤٦٢] .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٦ – ٥٢٧) قوله : (ويكفي في المحقّر ما اعتاده الناس) أقول : المناط ما قدمنا لك من التراضي وطيبة النفس في الحقير والكثير فإذا حصل ذلك صح به كل بيع وإن لم يوجد ذلك فلا ، وقد قدمنا لك أن تلك الشروط التي ذكرها المصنف لا دليل على غالبها ، ولكنه لما جعلها شروطاً ووجد الناس في المحقرات يكتفون بمجرد التراضي وإن لم تحصل تلك الشروط جعل هذه العادة مخصصة لما زعم أنها شروط شرعية ، وقد ذكر المتكلمون في الفقه أن المراد بهذا المحقر هو ماجرت عادة الناس أنهم لا يقصدون عليه لحقارته للتّساهل فيه ، مخصصوا العادة ببعض ما يقع من أهلها فكان ذلك ظلمات بعضها فوق بعض .

(٢) [سورة النساء : ٢٩] .

الله عليه وآله وسلم "هات " أحمد [١]وأبو داود[٢] والنسائي[٣] والترمذي[٤]، وحسنه وإن أعله ابن القطان[٥] بجهالة حال أبي بكر[أ] الحنفي البكري.

فهو تابعي مستور[ب] وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى في تصحيح قول المؤيد بالله أن المعادة توجب الملك بالقبض.

(أ) **قوله:** أبي بكر البكري، أقول: في" التلخيص"[٦] أبو بكر الحنفي وهو في نسخة من الشرح هنا وهو الصواب، فهو الذي في سنن أبي داود في سنده لهذا الحديث.

(ب) **قوله:** مستوراً، أقول كذا: في نسخة من ضوء النهار وعليها خط المصنف، ولا فائدة فيه فإن المستور مجهول، وفي نسخة منه مشهور وهي التي تناسب الرد على ابن القطان، ولكنَّا بحثنا فوجدنا في "الميزان"[٧] أبو بكر بصري عن أنس لا يعرف ولم يقل الحنفي ولا البكري بل قال بصري وفي "التقريب"[٨] في الكنى أبو بكر بصري اسمه عبد الله بن عبد الله فبحثنا فيمن اسمه ذلك فلم نجده وفي "مختصر السنن"[٩] للمنذري عند كلامه على هذا الحديث ما لفظه أنه أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة قال الترمذي هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان هذا آخر كلام الترمذي، قال الحافظ المنذري[١٠] الأخضر بن عجلان، قال يحيى بن معين صالح وقال أبو حاتم الرازي يكتب حديثه، انتهى.

ولم يقدح في الحديث بجهالة أبي بكر مع سياقه من طريق الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عن أنس بن مالك فلينظر ففي كلامهم اضطراب كما ترى.

---

(١) في " المسند " (٣ / ١١٤) ٠

(٢) في " السنن " رقم (١٦٤١) ٠

(٣) في " السنن " (٧ / ٢٥٩ رقم ٤٥٠٨) ٠

(٤) في " السنن " رقم (١٢١٨) ٠

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٤) ٠ وهو حديث ضعيف ٠

(٦) (٣ / ٣٤) ٠

(٧) (٤ / ٤٩٦ رقم ١٠٠٠١) ٠

(٨) (٢ / ٤٠١ رقم ٨٥) ٠

(٩) (٢ / ٢٤٠) ٠

(١٠) في " مختصر السنن " (٢ / ٢٤٠) ٠

(**فصل : و**) البيع والشراء (***يصحان من الأعمى***) خلافاً للشافعي[1] وأصحابه في العما الأصلي وللثوري [2]مطلقاً ، لنا : كون العمى مانعاً حكم شرعي يفتقر إلى دليل شرعي، قالوا : مظنة للغرر وقد نهي عنه كما سيأتي.

قلنا: إنما النهي عن المئنة وهي منضبطة وإنما -يناط- الحكم بالمظنة إذا لم تنضبط المئنة وكبيع غايب أبطل فيه خيار الرؤية بعد العقد (***ومن المصمت والأخرس بالإشارة***) المفهمة لأنها مقدورهما في تعريف الرضا إلا أن فيه بحثاً وهو أن اللفظ إن كان شرطاً افتقر[أ] تصحيح بيعهما بعدم اشتراط اللفظ إلى دليل وإن لم يكن شرطاً وجب الاكتفاء بالإشارة -من- غيرهما لحصول المقصود وهو العلم بالرضا (**و**) يصح منهما (**كل عقد**) أيضاً.

وأما قوله: (***إلا الأربعة***) [3]الشهادة والإقرار بالزنا والقذف ويمين الإيلاء[ب] واللعان كما حُقِّقَ كلٌ في بابه فاستثناء منقطع لأنها ليست بعقود وإنما هي إنشاء أو خبر فإن العقد اصطلاحاً مجموع الإيجاب والقبول.

(أ) **فصل ويصحان من الأعمى قوله:** افتقر تخصيص إلى قوله دليل أقول: مسلم أنه هو شرط للقادر عليه ويكفي الإشارة ممن لا قدرة له عليه إذ هي غاية ما يقدر عليه.

(ب) **قوله:** ويمين الإيلاء، أقول: أحسن بتقدير المضاف ليتم قوله أربعة وإلا فهي خمسة فإن الإيلاء باب واللعان باب نعم اليمين غير محصورة شرعيتها في البابين بل وفي الدعاوى ونحوها فليتعلق المنع باليمين مطلقاً من غير تعيين باب.

---

(١) انظره مفصلاً في " البيان " (٥ / ٨٦ – ٨٧) .

(٢) انظر " موسوعة فقه "سفيان الثوري (ص ٢٠٢ – ٢٠٣) .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٧ – ٥٢٨)

أما استثناء الأربعة التي أشار إليها المصنف وهي الشهادة والإقرار بالزنى والقذف ويمين الإيلاء واللعان فهو عائدٌ إلى المُصْمَت والأخرس ، ولهذا أعاد لفظ " من " لأن الشهادة من الأعمى صحيحة إلا فيما لا تتم الشهادة فيه إلا=

(**و**) البيع والشراء يصحان (**من مضطر**[1]) إليهما غير مكره عليهما كما تقدم (**ولو غبن**) غبناً (**فاحشاً**) لأن أصل مشروعيتهما لدفع الحاجة وإن بلغت إلى الضرورة الملجئة إليهما (**إلا**) أن يكون الاضطرار (**للجوع**) أو العطش بحيث يخشى الهلاك لم يصح البيع قياساً على الإكراه ولما أخرجه أبو داود [2]عن شيخ من بني تميم أن علياً عليه السلام قال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر فيه على ما في يده ويبايع المضطرون ولم يؤمروا بذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾[3] وقد نهى[أ]

(أ) **قوله**: وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضطر، أقول: الحديث أخرجه أحمد[4] وأبو داود[5] لكنه أخرجه أبو داود عن شيخ من بني تميم ففيه مجهول ولكنه لا يخفى أنه عام لكل اضطرار من جوع أو غيره ثم قد قُرن بيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك إلا أن يقال كلام علي عليه السلام دليل على أنه لم يرد به إلا المضطر لحاجة الطعام وفيه بُعْدٌ .

بالرؤية كما سيأتي للمصنف ، فإن شهادته على مالا يفتقر إلى الرؤية صحيحة مقبولة ، وكذلك سائر الأربعة تصح منهم الشهادة . وأما المُصْمَتُ والأخرس فلا تصح منهما الشهادة إلا إذا كانت الإشارة تقوم مقام النطق لوضوحها ، وأما الإقرار بالزنى وإنشاء القذف فهما وإن كان المراد منهما يفهم بالإشارة لكن لما كان الحد يسقط بالشبهة كان عدم قدرته على النطق الصريح شبهة له لا سيما في الإقرار بالزنى عند من يشترط أن يكون الإقرار أربع مرات ، ولا تصح منهما اليمين لأنها لا تكون إلا باللفظ ، ولا وجه لتخصيص اللعان والإيلاء بل جميع الأيمان كذلك.

(١) هذا رد لما ثبت من النهي عن بيع المضطر ، ولا فرق بين أنواع الاضطرار بل كل مضطر لا يحل لمسلم أن يغتنم اضطراره إلى البيع فيشتريه منه بدون قيمته ، بل هو بالخيار إما أوفاه قيمته المتعارفة زماناً ومكاناً ، أو ترك شراءه ، ومن كان مضطراً لسد فاقته أو لما يخشاه من نزول الضرر به من المصادر له فهو مضطر مشمولٌ بالنهي .

(٢) في " السنن " رقم (٣٣٨٢) وهو حديث ضعيف .

(٣) [سورة البقرة : ٢٣٧] .

(٤) في " المسند " (١ / ١١٦) .

(٥) في " السنن " رقم (٣٣٨٢) وهو حديث ضعيف .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضطر وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك .

وقال ابن بهران إن بيع [1]المضطر إذا كان ليقضي دينه أو يشتري دواء أو يتزوج أو نحو ذلك فهذا يصح بيعه بلا خلاف ولو بغبن فاحش قال وحملنا الخبر على المضطر لحاجة الجوع والعطش جمعاً بين الأدلة.

قلت: فيكون تخصيصاً بالإجماع وإذا حمل المضطر على المكره كما في شرح ابن بهران لم يبق إشكال ولا يقال حديث مسلم[2] وأحمد[3] وأبي داود[4] والنسائي[5] وابن ماجة[6] عن جابر مرفوعاً " نهى عن بيع السنين "[7] دليل على النهي عن بيع المضطر لجوع أو عطش، لأنا نقول ليس المراد به إلا بيع المعاومة وهو أن يبيع ثمر الشجرة السنتين والثلاث كما في شرح مسلم.

(**فائدة**): اشتهر عن علي عليه السلام في كتب الأصول أنه يقول بقصر العام على سببه ولا يخفاك أن استدلاله بالآية هنا ينافيه لأنها واردة في حكم حق الزَّوجات فاستدل بعمومها غير ملاحظ سببها.

---

(١) قال الخطابي في " معالم السنن " (٣ / ٨٧) بيع المضطر يكون من وجهين :

أحدهما : أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه ، فهذا فاسد لا ينعقد .

والوجه الأخر : أن يضطر إلى البيع لدين يركبُه أو مؤنةٍ تُرهقه ، فيبيع ما في يده بالوَكس (أي : النقص) من أجل الضرورة ، فهذا سبيله في حق الدين والمروءة أن يبايع على هذا الوجه وأن لا يفتات عليه بماله ، ولكن يُعان ويُقرض ويُستمهل له إلى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ ، فإن عقد البيع مع الضرورة على الوجه جاز في الحكم ولم يفسخ .

(٢) في صحيحه رقم (١٥٣٦) .

(٣) لم أقف عليه في المسند .

(٤) في " السنن " رقم (٣٣٧٥) .

(٥) في " السنن " رقم (٤٦٢٦ ، ٤٦٢٧) .

(٦) في " السنن " رقم (٢٢١٨) .

وهو حديث صحيح .

(٧) [أي سنين القحط . تمت] .

(**و**) يصح البيع إذا صدر (***من المصادر***) أي من حبس ظلماً وإكـــراه علـــى تحصيل النقدين غصباً (***ولو***) باع ما قيمته عظيمة (***بتافه***)[أ] حقـــير وقـــال الناصـــر والمنصور وقاضي القضاة : لا يصح[ب] بيعه، قلنا : لم يكره على البيع نفسه وإنمـــا أكـــره على تحصيل نقد أما لو أكره على البيع فلا نزاع قالوا إذا لم يجد دفع ضرر الظلم إلا بالبيع كان كدفع ضرر الجوع وقد منعتم صحته لأن الحديث لم يفصل[ج] بين مضطر ومضطر .

(أ) **قـال:** ولو بتافه أقول: فسره المصنف بالشيء الحقير الذي لا قيمة له وفيه نظر من جهـــة اللفـــظ والمعنى أما الأول فإن الذي في كتب اللغة [1]أن التافه : الحقير من غير زيادة الذي لا قيمة له، وأمـــا المعنى فلأن من شرط العوض عندهم أن يكون له قيمة.

(ب) **قولـه:** لا يصح، أقول: سواء باعه بغبن أم لا وعن المنصور بالله إن باعه بغبن لم يصح وإلا صـــح قالوا :إذ هو في حكم المكره وإنما الجيء إليه قال في "البحر "[2]قلت : إن باع إلى المصادر فمكـــره وإلا فكمن باع ليشتري دواء أو ينكح من افتتن بها.

(ج) **قولـه:** لأن الحديث لم يفصل، أقول: تندفع هذه الإيرادات بحمل المضطر على المكره كما ســـلف وفي "النهاية "[3]وفي حديث علي عليه السلام نهى عن بيع المضطر، وهو يكون من وجهين أحدهما أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه وهذا بيع فاسد لا ينعقد، والثاني أن يضطر إلى البيع لـــدين يرتكبه أو مؤونة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس للضرورة وهذا سبيله في حق الدين، والمروءة أن لا يبايع على هذا الوجه لكن يعان أو يقرض إلى الميسرة أو يشتري سلعته بقيمتها فإن عقد البيع مـــع الضرورة على هذا الوجه صح ولم يقبح مع كراهة أهل العلم له ومعنى البيع هنا الشراء أو المبايعة أو قبول البيع.[4] انتهى.

---

(١) انظر : " القاموس المحيط " (١٦٠٥) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٢) .

(٣) " النهاية في غريب الحديث " لابن الأثير (٢ / ٧٨) .

(٤) انظر : " معالم السنن " (٣ / ٨٧ – مع السنن) .

قلنا : لو كان على عمومه لزم فيمن حبس ليقضي دينه أو ينفق على زوجته أن لا يصح بيعه قالوا غايته عموم خُصَّ ولا يقدح ذلك إلا على من نفى حجية العموم بعد تخصيصه ولا يصح الفرق بين ما يقع لواجب ومحضور لأنه يلزم أن يصح البيع للجوع بالغبن الفاحش ؛ لأن دفع ضرر النفس واجب والحق منع بطلان صحة البيع بغبن فاحش للضرورة لحق كان أو باطل لأن غاية النهي أن يكون للوصف ولا يقتضي الفساد على الصحيح كما سيأتي.

(و) يصح البيع (**من غير المأذون وكيلاً**)[1] كالعبد والصبي، ولا حاجة إلى قوله وكيلاً لأن غايته فضولي [٤٦٣/٣] وعقد الفضولي موقوف والموقوف صحيح كما سيأتي، وأما قوله (**ولا عهدة عليه**) في شيء من حقوق العقد فحاصله دعوى وجود الملزوم بدون لازمة ولا يخفى خروجه عن قانون المعقول كيف وقد قرر[أ] النبي صلى الله

فقد حمل النهي في الحديث على التحريم والكراهة كما تراه والظاهر في صيغة نهي التحريم ولو حمل على المكره لا غير وبقيت الصيغة على بابها لكان أولى فإن المضطر في معنى المكره والمضطر مفتعل من الضرر وأصله مضترر فأدغمت الراء وقلبت التاء طاء لأجل الصاد فحينئذٍ لا يحرم إلا بيع المكره لا غير [٤٦٣/٣].

(أ) **قوله:** وقد قرر عروة البارقي، أقول: لا كلام في أنه يجوز له القبض والإقباض وإنما الكلام هل يطالب فيما يتعلق بالبيع لا دليل في هذا حديث عروة عليه، نعم والأصل عدم تعلق حق به فالدليل على مدعيه .

---

(١)قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٢٨) لا وجه لهذه الصحة ولا يترتب عليها أثر من آثار البيع بل الاعتبار بحصول الرضا من المالك ، فإن رضي بالبيع كان مجرد هذا الرضا هو البيع الذي أحله سبحانه بقوله ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ [النساء : ٢٩] وإن لم يقع الرضا فلا حكم لبيع الفضولي ، وإن كان فيه مصلحة للبائع ، وأما إذا كان وكيلاً فبيع الوكيل صحيح إذا باع بما يرضى به البائع لأن وقوع التوكيل قد حصل به المناط الشرعي مع المطابقة كما سيأتي في كتاب الوكالة إن شاء الله .

عليه وآله وسلم عروة [1] البارقي على تسليم إحدى الشاتين وقبض ثمنها كما سيأتي إن شاء الله.

(**و**) البيع والشراء يصحان (***بالكتابة والرسالة***) كما تقدم في النكاح وأما قوله (***ولا يتولا الطرفين***) البيع والشراء (***واحد***) فتكرير لمفهوم قوله وقبول غيره وقد تقدم تحقيقه.

وأما قوله: (***أو في حكمه***) فأراد به ما لو وكل الأب من يبيع منه مال ابنه الصغير (***فصل ويلحق بالعقد***) ولو بعد مجلسه وقال الناصر [2] والشافعي [3] إنما يلحق في المجلس (***الزيادة والنقص المعلومان في المبيع والثمن***) بمعنى أنها تثبت لها أحكام المبيع والثمن من وجوب التسليم والرد للجميع بالعيب في الزيادة ونحو ذلك وإن وقعا على جهة التبرع لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [4] والبيع يقاس على النكاح.

---

(١) عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ أعطاهُ ديناراً ليشتري به له شاة فاشتر له به شاتين ، فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التُراب لربح فيه " .

أخرجه البخاري رقم (٣٦٤٢) وأبو داود في " السنن " رقم (٣٣٨٤) وهو حديث صحيح .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٣) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٠ - ٣١) .

(٤) [سورة النساء : ٢٤] .

(**و**) كذا الزيادة والنقص في مدة (***الخيار والأجل مطلقاً***) سواء كانا قبل القبض أو بعده وإنما وجبا وإن كانا تبرعا لانسحاب حكم العقد عليهما حيث لم يقعا إلا لأجله وبسببه ولهذا لا تحتاج الزيادة إلى قبول والحق أنهما لا يلحقان إلا على[أ] القول بخيار المجلس وإلا كانت الزيادة هبة والنقص إبراء وأما الآية فقد تقدم أنها في نكاح المتعة وهي منسوخة عنده مع أنه لا دليل فيها إلا على الجواز والفرض اللزوم واشتراط العلم بهما لئلا يلزم من جهل مقدارهما جهالة في المبيع أو الثمن فيفسدان العقد إن حكم بلحوقهما إلا أن كون إفسادهما مانعاً من الإلحاق ينبني على أنه لا يجوز التفاسخ ولا ما يؤدي إلى سببه ولا يمتنع ذلك لجواز الدخول في العقود الفاسدة كما سيأتي على أن القول بلحوقهما بالعقد يستلزم أن لا يصح.

قوله: (***لا الزيادة***) في الثمن[ب] فإنها لا تلحق (***في حق الشفيع***) لأن معنى لحوقها العقد شموله لها وتعلقه بها فلا وجه لإسقاطها عن الشفيع .

(فصل) ويلحق بالعقد .

(أ) **قوله:** إلا على القول بخيار المجلس، أقول: لأنه على القول به لم ينبرم البيع فكان ما لحق واقعاً في صلب العقد إلا أن الشافعي[1] مع إثباته لخيار المجلس قائل بأنه لا لحوق لما في عمومهما من الإشكال، لأنه لم يتضمنهما العقد ولا وقعا بعده بعقد فكان القياس أن يقال أنه لا يتم القول بهما إلا على من لا يشترط الإيجاب والقبول.

(ب) **قوله:** في الثمن، أقول: مثله في "الغيث " واعترض بإيهامه أن الزيادة في حق الشفيع لا تلحق مطلقاً سواء كانت في الثمن أو في المبيع أو في غيرهما وليس كذلك، ولذا قال في الأثمار غالباً احتراز من الزيادة في الثمن والنقص من المبيع في حق الشفيع فإنهما لم يلحقا بالعقد، هذا ولا يخفى أنه لا وجه له كما قاله الشارح.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٠ – ٣١) .

(**و**) إذا كان الأجل مقداراً من الزمان لم يعين أوله حال العقد وتراخي القبض عن العقد فإنه يكون (***أول***[أ] ***مطلق الأجل***[1] ***وقت القبض***) للمبيع لا وقت العقد لأن قبض البائع المبيع في حكم الاستيفاء للثمن، ولهذا يتلف من ماله وإذا كان في حكم الاستيفاء فلا دين في الحقيقة مؤجل.

(***فصل والمبيع***) يخالف الثمن بأمور: منها أنه لابد أن (**يتعين**) [المبيع] [2] أي يوجد حال العقد معيناً كما تقدم[ب] في الرسم لحديث حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم " قال له لا تبع ما ليس عندك حين قال له حكيم يا رسول الله إن الرجل ليأتيني فيريد مني البيع وليس عندي ما يطلب أفأبيع منه ثم أبتاعه من السوق فقال له لا تبع ما ليس عندك " أخرجه أحمد [3]وأصحاب السنن[4] وابن حبان[5]، قال الترمذي[6] :

(أ) **قال:** أول مطلق الأجل يوم القبض، أقول: استدل له الشارح بأن قبض المبيع في حكم الاستيفاء للثمن ولا يخفى ضعفه فإنه لو كان في حكم الاستيفاء لما كان بيعاً مؤجلاً وهو خلاف الفرض فالظاهر أن أول الأجل يوم البيع، إذ العين قد صارت بالعقد ملكاً للمشتري وصارت القيمة في ذمته وانتقلت عين المبيع عن ملك البايع حين العقد.

فصل والمبيع يتعين.

(ب) **قوله:** كما تقدم في الرسم، أقول: حيث قال والمبيع موجود **[٣/٤٦٤]**.

---

(١) لا وجه له بل الاعتبار بالعقد الذي هو التراضي ، وإن تأخر القبض والتأجيل وقع عنده فالاعتبار بوقته لا بوقت القبض ، وأما كونه يتلف من مال البائع قبل القبض فبحث آخر . . . " .
" السيل الجرار " (٢ / ٥٣٠) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى . (٣) في " المسند (٣ / ٤٠٢ ، ٤٣٤) .

(٤) أخرجه أبو داود رقم (٣٥٠٤) والترمذي رقم (١٢٣٢) والنسائي رقم (٤٦١٣) وابن ماجة رقم (٢١٨٧).

(٥) في صحيحه رقم (٤٩٨٥) .

(٦) في " السنن " (٣ / ٣٥٣) . وهو حديث حسن .

حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه [(١)] عن حكيم واحتج به الشافعي [(٢)] على عدم صحة البيع الموقوف كما سيأتي؛ لأن المبيع ليس عند البائع، والجواب أن المراد لا تبع عن نفسك ما لا يكون في ملكك ، لأن المبيع عن النفس هو الغالب فينصرف الخطاب إليه، ولأن البيع في الموقوف هو الإجازة في الحقيقة وهي بيع من [٣/٤٦٤] المجيز لما هو عنده وإذا وجب أن يتعين المبيع (**فلا يصح**) البيع إذا كان المبيع (**معدوماً**) للنهي عن بيع المضامين[(أ)] ما في بطون إناث الإبل والملاقيح ما في ظهور الإبل ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠

(أ) **قوله:** المضامين، أقول: جمع مضمون وهو ما في صلب الفحل، يقال ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا، والملاقيح جمع ملقوح وهو ما في بطن الناقة، يقال لقحت الناقة إذا حملت، وولدها ملقوح به، إلا أنهم استعملوه بحذف الجار، قال ابن الأثير[(٣)] هذا تأويل أهل اللغة والغريب والفقهاء ووجدت في كتاب "الموطأ " [(٤)] في نسختين ظاهرهما الصحة وهما اللتان قرأتهما جاء في متن الحديث تفسيراً لمالك فجعل المضامين ما في بطون الإناث والملاقيح ما في ظهور الذكور انتهى. فتحصل أن للملاقيح تفسيرين.

وحبل الحبلة بالمهملة في الأول والثاني والموحدة فيهما ساكنة في الأول محركة[(٥)] في الثاني وفسره في الحديث بأنه كان الرجل يبتاع لحم الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها ثم هذه رواية

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه رقم (٤٩٨٣) والدارقطني (٢ / ٩) وابن الجارود في " المنتقى " رقم (٦٠٢) وعبد الرزاق في مصنفه رقم (١٤٢١٤) وأحمد (٣ / ٤٠٢) والطيالسي رقم (١٣١٨) والطحاوي في " شرح معاني الآثار " (٤ / ٤١) والبيهقي (٥ / ٣١٣) ٠

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٦٦ – ٦٧) ٠

وقال ابن كثير في " إرشاد الفقيه " (٢ / ١١) وقد استدلوا به – الحديث – على أنه لا يصح بيع المعدوم ، وأخذ بعضهم منه المنع في صحة بيع الغائب ٠

(٣) في " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٩٤) ٠

" وانظر : " الفائق في غريب الحديث " للزمخشري (٣ / ٣٢٤) ٠

(٤) (٢ / ٦٥٤ رقم٦٣) ٠

(٥) [في المصباح بفتح الجميع – تمت] ٠

عند البزار [١]وابن راهوية[٢] من حديث أبي هريرة وعند ابن أبي عاصم[٣] من حديث عمران بن حصين وعن ابن عباس في "الكبير " [٤] للطبراني والبزار[٥]، وعن ابن عمر عند عبد الرزاق [٦]بإسناد قوي، وعن أبي سعيد عند أحمد [٧]وابن ماجة[٨] وللنهي عن حبل الحبلة متفق عليه [٩].

وللنهي عن بيع الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين، الدارقطني[١٠] والحاكم[١١] وصححه عن ابن عمر على شرط مسلم فوهم لأنه توهم أن موسى عن عبد الله بن دينار هو موسى بن عقبة وإنما هو موسى بن عبيدة [١٢]الربذي[أ]، قال أحمد[١٣] : لا تحل عندي

الموطأ، وفي رواية الشيخين حبلة الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل الذي نتجت. وقال ابن كيسان المراد به النهي عن بيع العنب حتى يطيب وهو تفسير غريب.

(أ) **قوله:** الربذي، أقول: بفتح الراء المهملة والموحدة فمعجمة ضعفها ابن المديني والنسائي وابن

---

(١) في مسنده رقم (١٢٦٧ – كشف).

(٢) ذكره الحافظ في "التلخيص" (٢٥/٣).

(٣) ذكره في التلخيص " (٣ / ١٤) .

(٤) (ج١١ رقم ١١٨٥١).

(٥) في "مسنده رقم (١٢٦٨ – كشف).

(٦) في مصنفه

(٧) في " المسند (٣ / ٤٢) . (٨) في " السنن " رقم (٢١٩٦) .

(٩) أخرجه البخاري رقم (٣٨٣) ومسلم رقم (٦ / ١٥١٤) .

(١٠) في " السنن " (٧٢١٣ رقم ٢٧٠) وهو حديث ضعيف .

(١١) في " المستدرك " (٢ / ٥٧) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي ، وهو ليس كما قالا ، والذي يبدو أنهما صححاه على أن روايه هو (موسى بن عقبة) الحافظ الكبير وليس كذلك بل هو " موسى بن عبيدة الربذي " الضعيف المتروك.

(١٢) انظر " الكامل " (٦ / ٢٣٣٣) و " التقريب " (٢/ ٢٨٦) .

(١٣) نقله عنه ابن عدي في " الكامل " (٦ / ٢٣٣٣) .

الرواية عنه ومدار هذا الحديث عليه، إلا أنه روى الإجماع على معناه ورواه الشافعي[1] بلفظ نهى عن بيع الدين بالدين.

وأقول: تصحيح السلم والبيع[أ] الموقوف وبيع الغائب هادم للحكم بفساد أكثر

عدي ، وقال ابن سعد ثقة كثير الحديث وليس بحجة قاله في " الخلاصة "[2] .

(أ) **قوله:** والبيع الموقوف، أقول: أما البيع الموقوف وبيع الغائب فليس من بيع المعدوم، وأما السلم فخص بالأدلة كما خُصت العرايا، وقوله أن مدار تعليلها على الغرر يقال بل المدار على النص على أن لا يتبع ما ليس عندك وكان مقتضاه اشتراط حضوره لكن من قال بجواز بيع الغائب تأول الحديث بأن المراد لا يبع ما لم يملك فيؤخذ منه أنه يبيع ما يملك وإن كان غائباً وقوله ما ليس بحاضر خروج عن البحث، إذ الكلام في بيع ما ليس موجوداً في الملك لا في الغائب .

وقال ابن القيم [3]: أن المعدوم ثلاثة أقسام موصوف مضمون في الذمة، فهذا يجوز بيعه اتفاقاً، وإن كان أبو حنيفة يشترط في هذا النوع أن يكون وقت العقد في الوجود من حيث الجملة وهذا السلم، قال لا والذي منع الشارع منه معدوم لا يدري يحصل أو لا يحصل ولا ثقة لبايعه بحصوله بل يكون المشتري منه على خطر، فهذا الذي منع الشارع من بيعه لا لكونه معدوماً بل لكونه غرراً.

قلت: هذا تقييد لإطلاق النهي عن بيع المعدوم وتعليل بالغرر عن غير دليل بل النهي علق بالعدم نفسه، قال ومنه صورة النهي التي تضمنها حديث حكيم بن حزام [4]وابن عمر[5] فإن البايع إذا باع ليس في ملكه ولا له قدرة على تسليمه فيذهب ويحصله ويسلمه إلى المشتري كان ذلك تشبيهاً بالقمار والمخاطرة قلت النهي علق بكونه ليس عنده أي حاضراً أو في ملكه فزيادة ولا له قدرة على

---

(١) في " الأم " (٤ / ١٧ رقم ١٤٤٦) .

(٢) (٣ / ٦٨ رقم ٧٢٩١) .

(٣) في " زاد المعاد " (٥ / ٧١٦) .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

(٥) أخرجه النسائي رقم (٤٦١٢) وابن ماجه رقم (٢١٨٨) .
وهو حديث حسن .

المناهي لأن مدار تعليلها على الغرر الموجود في بيع الغايب معدوماً كان أو غيره، فإذا صح لثبوت خيار الرؤية وجب أن يكون بيع كل ما ليس بحاضر صحيحاً موقوفاً على حضوره النافي للغرر المانع من النفوذ فلا يكون لقوله (**إلا في السلم**) وجه تخصيص بالصحة دون غيره. بل يكون دليل صحة السلم أصلاً يقاس[أ] عليه غيره وكاشفاً عن كون الغرر إذا انتفى بخيار الرؤية وفي السلم بشروطه الآتية (**أو**) بغيرهما كما في بيع ما (**في ذمة مشتريه**[1])[ب] نحو أن يكون مهر المرأة عبداً في ذمة زوجها فتبيعه منه بثمن

ما تحصيله لا يدل عليه الحديث بل ينافيه لأنه يفيد جواز بيع ما ليس عنده حاضراً ولا ما هو في ملكه، قال وقد ظَنَّتْ طائفة أن بيع السلم مخصوص من بيع ما ليس عنده وليس كما ظنوا، من بيع ما ليس عنده فإن السلم يرد على أمر مضمون في الذمة ثابت فيها مقدور على تسليمه عند محله فهو يشبه تأجيل الثمن في ذمة المشتري فهذا شغل لذمة المشتري بالثمن المضمون وهذا شغل لذمة البائع للمبيع المضمون فهذا لو وبيع ما ليس عنده لون. انتهى.

قلت: بل السلم من بيع ما ليس عنده لكنه خصه الشارع.

(أ) **قوله:** أصلاً يقاس عليه، أقول: "لا تبع ما ليس عندك "[2] عام أخرج منه السلم بالنص فلا يقاس عليه فإنه قياس فاسد الاعتبار وإلا لزم في كل عام خصه النص بصورة أن نقيس عليها فيبطل العام برمته، وتقدم القياس على النص ويأتي قريباً التزام هذا ومع ذلك فهو من نفاة القياس ويأتي زيادة تحقيق لهذا في الكلام على بيع اللبن والحمل إن شاء الله تعالى.

(ب) **قال:** أو في ذمة مشتريه، أقول: لم أجد له دليلاً بعد عموم النهي عن بيع المعدوم إنما ورد التخصيص في السلم على أنه سيأتي تحقيق المعدوم المنهي عنه.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٣١) : وأما قوله (أو في ذمة المشتري) هذا الذي في ذمة المشتري هو غير موجود عند البائع فهو داخل تحت النهي عن بيع المعدوم فإن كان إخراجه من عموم الدليل بدليل فما هو ، فإنه لا دليل ها هنا من كتاب ولاسنة ولاقياس وهذا على تقدير حضور الثمن ٠ وأما إذا كان غير حاضر فهو مندرج أيضاً تحت نهي آخر ٠

(٢) تقدم تخريجه ٠

حاضر لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ فإنه يصح البيع لمعدوم وموجود، وغاية ما يلزم كراهة المنهي عنه وهي الكراهة [بوصف خارجي][(١)] لا يقتضي الفساد إجماعاً لأنه إنما يكون في الأغلب لأمر خارج والنهي لأمر خارج لا يقتضي الفساد عند الجمهور، وقد نبهناك غير مرة أن صحة القياس على ما أخرج من عموم العلة أو عموم الحكم نقض لهما وهو الحجة لمن نفى حجية العموم بعد تخصيصه وأبطل به العلة.

(**و**) منها أنه (***لا يتصرف فيه قبل القبض***) لحديث ابن عمر [(٢)]عند الجماعة إلا الترمذي قال كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن نبيعه حتى ننقله[(أ)] وهو عند الجماعة إلا الموطأ من حديث ابن عباس [(٣)]

(أ) قوله: حتى ننقله، أقول: في مثل هذه زيادة على مجرد القبض وهو نقل المبيع عن محل الشراء وأنه لا يبيعه حيث شراه فهو مثل حديث[(٤)] زيد بن ثابت الآتي قريباً ومقتضى الحديثين أنها لا تباع السلعة حيث شريت، ولا أعلم قائلاً بذلك فإن قال به أحد فهو أسعد بالعمل بالأحاديث ثم رأيت في " فتح الباري "[(٥)] أن الإيواء إلى الرحال خرج مخرج الغالب ولم يذكر دليلاً على أنه خرج مخرج الغالب، بل ذكر أن في بعض طرق مسلم [(٦)]عن ابن عباس كنا نبتاع الطعام فبعث علينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه. انتهى.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) أخرجه أحمد (٢ / ١٥) والبخاري رقم (٢١٣٧) ومسلم رقم (٣٧ / ١٥٢٧) وأبو داود رقم (٣٤٩٤) والنسائي رقم (٤٦٠٦) .

وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه أحمد (١ / ٣٦٨) والبخاري رقم (٢١٣٥) ومسلم رقم (١٩ / ١٥٢٢) وأبو داود رقم (٣٤٩٧) والنسائي رقم (٤٦٠٠) وابن ماجه رقم (٢٢٢٧) وهو حديث صحيح .

(٤) سيأتي وهو حديث حسن .

(٥) (٤ / ٣٥٠) .

(٦) في صحيحه رقم (٣١ / ١٥٢٥) .

بلفظ أما الذي نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال ابن عباس ولا أحسب كل شيء[أ] إلا مثله قال طاووس[1]، قلت : لابن عباس

(أ) **قوله:** ولا أحسب كل شيء إلا مثله، أقول: أي مثل الطعام لأنه لا يباع حتى يقبض، قلت :وقد جاء هذا الحسبان صريحاً فيما أخرجه أحمد[2] من حديث حكيم بن حزام أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال له: " إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه " وهو عام لكل مشترى لأنه نكرة [أعني ضمير شيئاً][3] وقعت في سياق النهي، إذ الحق كما قاله الرضي في "شرح الكافية"[4] أن الضمير كمرجعه.

وأخرج أبو داود [5]والدارقطني[6] من حديث زيد بن ثابت أنه صلى الله عليه وآله وسلم: " نهى أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم " ، وهو عام أيضاً، وحديث النص على الطعام تخصيص لبعض أفراد العام بحكمه زيادة في الزجر عنه؛ لأنه الأعم بيعاً وشراءً.

وأخرج أبو داود [7]عن ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢١٣٢) .

(٢) في " المسند " (٣ / ٤٠٢) وهو حديث صحيح لغيره .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) (٣ / ٩ – ١٠) .

(٥) في " السنن " رقم (٣٤٩٩) وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث .

(٦) في " السنن " (١٣١٣ رقم ٣٦) .

قلت : وأخرجه الحاكم (٢ / ٤٠) وابن حبان في صحيحه رقم (٤٩٨٤) وهو حديث حسن .

(٧) في " السنن " رقم (٣٤٩٩) وهو حديث حسن .

وبهذا تعرف أن قول الشارح: فالقياس تخصيص الحكم ببيع الطعام لا وجه له، ثم تخصيصه ببعض صور بيع الطعام وهو الجزاف لا وجه له، بل يرده لا حتى يختلف الصاعان كما أخرجه الدارقطني[1] وابن ماجة[2] عن جابر: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري، فإنه ظاهر في غير الجزاف "[3].

واعلم أن الأحاديث وردت بذكر النهي عن البيع لما لم [4]يقبض لا غيره من التصرفات فلك أن تقول: إنه يختص النهي بعد فقط ودليل ذلك قصة البكر فإنه تصرف فيه صلى الله عليه وسلم بالهبة؛ ولأن الأحاديث كلها وردت بلفظ النهي عن البيع فأبدله بالتصرف العام لكل تصرف نظير إبدالهم النهي عن الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة بالاستعمال والاقتصار على النص النبوي، هو الواجب إذ به تجتمع الأحاديث على أنهم قد خصصوا من منع التصرف قبل القبض العتق والوقف، قالوا: يصحان فيه قبل قبضه، وكذا إذا جنى المشتري عليه قبل قبضه تلف من ماله.

فتعميم المصنف بمنع كل تصرف خلافهما أي: الأحاديث والقاعدة، وتخصيص الشارح بالطعام المشتري جزافاً خلافها، ولا أعلم هل خالف أحد في هذا كان أسوة لنا وإلا فلا وحشة مع الدليل بل به يجتمع شمل الأحاديث ولعلها تكون لنا عودة إلى هذا في كتاب الإجارة زيادة في التذكير.

---

(١) في " السنن " (٣ / ٨ رقم ٢٤) .

(٢) في " السنن " رقم (٢٢٢٨) .

وقال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١٨٣) : " هذا إسناد ضعيف لضعف محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي أبو عبد الرحمن الأنصاري ... " .

وهو حديث حسن . والله أعلم .

(٣) الجزاف – مثلث الجيم والكسر أفصح – هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد بل التقدير والخرر ، كالحب مكوماً على الأرض ، أو في أكياس وكالزيت في الصهريج أو في الوعاء ، وكالخضروات في الصناديق والأكياس ، والكتان مربوطاً حزماً ، وكالمساحات والأراضي برؤيتها والإطلاع عليها .

" مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣٠٢) .

(٤) قال ابن القيم في " بدائع الفوائد " (٢ / ٢٥٠ – ٢٥١) : فائدة : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه ونهى عن بيع مالم يقبض في حديث حكيم بن حزام ، وزيد بن ثابت .

=

كيف ذاك قال ذاك[أ] دراهم بدراهم والطعام مرجي، يشير إلى أن ذلك يستلزم ربا الفضل أيضاً.

قلت: لكن لا يتمشى إلا إذا كان المشتري هو البايع، ثم تعميم المصنف لمنع كل تصرف منقوض بما عند البخاري [1]من حديث ابن عمر في قصة حاصلها، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اشترى من عمر بكراً كان ابنه راكباً عليه، ثم وهبه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لابنه قبل قبضه، فالقياس تخصيص الحكم ببيع الطعام المشترى جزافاً قبل نقله.

(أ) **قوله:** ذاك درهم بدراهم والطعام مرجي، أقول: ما يظهر مناسبة جواب ابن عباس لسؤال طاووس فهذه من مسائل الربا والكلام فيما يباع قبل قبضه فينظر.

= فقال أصحاب مالك : النهي مخصوص بالطعام دون غيره .

فمنهم من قال : هو من باب محل المطلق على المقيد وهو فاسد كما تقدم ، فإنه عام وخاص ، ولفظه " إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه " .

ومنهم من قال : خاص وعام تعارضا فقدم الخاص على العام وهو أفسد من الأول إذ لاتعارض بين ذكر الشيء بحكم وذكر بعضه به بعينه .

ومنهم من قال : هو من باب تخصيص العموم بالمفهوم وهذا المأخذ أقرب لكنه ضعيف هنا لأن الطعام هنا وإن كان مشتقاً فاللقبية أغلب عليه حيث لم يلج معنى يقتضي اختصاص النهي به دون الشراب واللباس والأمتعة فالصواب التعميم " اهـ .

(1) في صحيحه رقم (٢١١٥ ، ٢٦١٠ ، ٢٦١١) .

قال الشوكاني في " نيل الأوطار " (١٠ / ٦٧ – بتحقيقي) ويجاب عن هذا بأنه خارج عن محل النزاع لأن البيع معاوضة بعوض ، وكذلك بالهبة إذا كانت بعوض وهذه الهبة الواقعة من النبي ﷺ ليست على عوض ، وغاية ما في الحديث جواز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة بغير عوض ، ولا يصح الإلحاق للبيع وسائر التصرفات بذلك ، لأنه مع كونه فاسد الاعتبار قياس مع الفارق ، وأيضاً قد تقرر في الأصول أن النبي ﷺ إذا أمر الأمة أو نهاها أمراً أو نهياً خاصاً بها ثم فعل ما يخالف ذلك ولم يقم دليل يدل على التأسي في ذلك الفعل بخصوصه كان مختصاً به ، لأن هذا الأمر أو النهي الخاصين بالأمة في مسألة مخصوصة هما أخص من أدلة التأسي العامة مطلقاً فيبنى العام على الخاص .

(**و**) منها أنه (**يبطل البيع بتلفه**) وليس المراد من البطلان عدم الانعقاد بل عدم وجود الإبدال له لأن ذلك هو معنى تعينه، فلو جعل الفروق ببطلانه بتلفه.

(**وباستحقاقه و**) بأنه (**يفسخ معيبه ولا يبدل**) فروعاً للتعيين حتى يكون الفرق منحصراً في التعيين وعدم جواز[أ] التصرف فيه قبل القبض، لكان هو الصواب.

(**والثمن عكسه في ذلك**) فلا يتعين ويتصرف فيه قبل قبضه، وقال الناصر والمؤيد والإمام يحيى [٤٦٥/٣]: يتعين النقد إن عين، وإن كان ثمناً كما تعين في الصرف، لحديث[١] " لا تبيعوا الذهب بالذهب " ، الخبر سيأتي ولتعينه في الغصب والشركة الوديعة والرهن.

ثم نظرنا في "فتح الباري "[٢]، فقال: معنى كلام ابن عباس [٤٦٥/٣] أنه إذا باعه المشتري قبل القبض وتأخر المبيع في يد البايع فكأنه با ع دراهم بدراهم، انتهى.

وفيه تأمل من قبل: أن العلة في النهي عن البيع قبل القبض مجهولة لنا، إنما يجب علينا الامتثال، وابن عباس إنما قال كأنه با ع دراهم بدراهم، ولو كانت العلة هذه لكان بيع ما لم يقبض من صور الربا، وليس منه اتفاقاً.

(أ) **قوله:** وعدم جواز التصرف فيه قبل القبض، أقول: أما هذا فليس من فروع التعيين الذي هو الوجود إذ الغرض أن المبيع موجود لكنه لم يقبض فتأمل.

---

(١) عن فضالة بن عبيد عن النبي ﷺ قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنا بوزن " .

أخرجه مسلم في صحيحه رقم (٩١ / ١٥٨٨) والنسائي رقم (٤٥٧٤) وأبو داود رقم (٣٣٥٣) .

وهو حديث صحيح .

(٢) (٤ / ٣٥١) .

وأجاب المصنف[أ] بدعوى الإجماع على جواز التصرف فيه قبل قبضه، وأن البيع لا يبطل بتلفه وإن عين، والثاني مصادرة لأن البيع بتلفه يفسد عن المؤيد، معنى أنه لا يلزم قبول البدل الذي هو معنى البطلان، وأما جواز التصرف قبل القبض فمنعه مختص بالطعام، خاصة لما تقدم من تصرف النبي صلى الله عليه وآله وسلم في البكر[1] قبل قبضه.

(أ) **قوله:** وأجاب المصنف بدعوى الإجماع على جواز التصرف فيه قبل قبضه، أقول: قال عليه " المنار " [2] لا جامع بين كونه في الذمة وبين كونه لا يتعين في حال، ولا جامع بين صحة التصرف فيه قبل قبضه، وبين عدم التعيين أيضاً، أعني: جامعاً به التساوي بحيث يلزم من هذا ذاك لم يفرق بينهما على أننا نقول الثابت في الذمة متعين ولا يقوم غيره مقامه إلا بالتراضي، ويكون الغير بدلاً عنه لا عن المبيع، وأيضاً يلزمهم حيث يثبت القيمي في الذمة ما ادعوه للمثلي نقداً كان أو غيره، وقد أقروا بتعين المثلي غير النقدين، وبأن ما في الذمة كالحاضر، انتهى.

قلت: قوله: إن ما في الذمة متعين، لا يخفى أنهم أرادوا بالتعين الوجود الخارجي، ولذا قابلوه بالعدم.

وقوله أيضاً: حيث يثبت... إلخ، يقال: قد التزموا ما ألزمهم وأخرجوه من الضابط كما ستعرفه، فالحق أن المبيع لا بد من تعيينه أي: كونه موجوداً، لحديث حكيم بن حزام، إلا ما أخرجه الدليل كالسلم، وأما الثمن فلم يرد دليل بتعيينه ولا بعدمه، والغالب في البيوع التداين من قبل عصر النبوة، ثم أقر الله تعالى ذلك وأنزل آيات في الدين، واستدان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وغيره، والأثمان معدومة فدعوى تعين شيء منها لا دليل عليه ناهض عين أو لم يعين، وتعين النقود في الغصب ونحوه لأدلة خاصة ولا يتحقق جامع يتم به الإلحاق فليتأمل.

---

(١) تقدم توضيحه .

(٢) (٢ / ١٨) .

واحترز بقوله: (**غالباً**) عن ثمن[أ] الصرف والسلم، فإنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وقد عرفت ما عليه.

ثم لو أخر المصنف الفروق المذكورة عن قوله: (**والقيمي والمسلم فيه مبيع أبداً** [1]) ....

(أ) **قوله:** عن ثمن الصرف والسلم، أقول: أي ثمنهما لا أنفسهما، واعلم أن الأدلة على عدم صحة بيع المعدوم وعلى عدم صحة البيع للمبيع قبل قبضه هي ما سلف من النصوص، وأما بطلان البيع بتلف المبيع واستحقاقه؛ فلأنه بالتلف واستحقاق الغير صار معدوماً في ملك بايعه، وأما أن الثمن لا يبطله شيء من هذا فلأنه جاز كونه معدوماً، فلم يتفرع على ذلك شيء من أحكامه، والتصرف فيه قبل القبض لا دليل على منعه، والأصل عدم الحكم.

بل أخرج الخمسة [2]من حديث ابن عمر قال: " أتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقلت: إني لأبيع الإبل بالنقيع فابتاع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبتاع بالدراهم وآخذ الدنانير، قال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء " .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٣٥ – ٥٣٦) .

قوله : " والقيمي والمسلم فيه مبيع أبداً " .

أقول : اعلم أنه لا مستند لهذا إلا مجرد الرأي الراجع إلى اصطلاح حادث ، وعادات جارية والشرع أوسع من هذا ، وهكذا لغة العرب فإذا قال أحد المتبايعين للآخر : بعْ مني هذه العين بهذه العين ،فباعها وتراضيا على ذلك كان هذا بيعاً شرعياً ولغوياً ، سواء كانا قيميين في اصطلاح أهل الفروع ، أو مثليين أو أحدهما قيميا والآخر مثلياً إذا لم يكونا مما يحرم بيع احدهما بالآخر مطلقاً أو مشروطاً بالتساوي والمقايضة ، وقد رتبوا على هذا الإصطلاح أن المثلي لا يضمن إلا بمثله ، والقيمي لا يضمن إلا بقيمته ، وهو رأي بحت لم يقم به دليل ومنقوض أيضاً بما ثبت في حديث المُصَرَّاة الصحيح المتفق عليه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : " ردها وَصاعاً من تمر " فهاهنا قد ضمن المثلي وهو اللبن بغير مثله ، ومنقوض أيضاً بما ثبت " أن بعض أزواج النبي ﷺ أهْدَت له وهو عند عائشة صحفة فيها طعام فكسرتها عائشة فرد النبي ﷺ للمُهْدية صَحْفة عائشة " فهاهنا قد ضمن القيمي بمثله لا بقيمته .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٣٣٥٤) والترمذي رقم (١٢٤٢) والنسائي رقم (٤٥٨٢) وابن ماجة (٢٢٦٢) وأحمد (٢ / ٨٣) .
=

لكان(أ) هو الصواب؛ لأن الفروق من أحكام كل منهما، وبيان ذات الشيء مقدم على بيان حكمه على أنه سيأتي تصحيح المصنف للسلم في الدراهم والدنانير، فإن حكم بأنها مبيع لم يصح قوله الآتي كالنقدين، يريد أنهما ثمن أبداً، وإن حكم بأنها ثمن لم يصح قوله، والمسلم فيه مبيع أبداً، فلو قال القيمي مبيع أبداً، وكذا المسلم فيه غالباً ليحترز من السلم في النقدين لكان صواباً، على أن كون المسلم فيه مبيعاً، مع أن من شروطه الكون في الذمة مما لم يستند إلى دليل، كيف وقد قال الفراء[1] ....

قال ابن تيمية[2]: فيه دليل على جواز التصرف في الثمن قبل قبضه.

(أ) **قوله:** لكان هو الصواب، أقول: قد سلك هذا الصواب الأثمار، واعلم أن المعاملات دايرة بين المثلي والقيمي، فالمثلي ما استوت أجزاؤه وقلّ التفاوت فيه وكان له مثل في الصورة وما لم يكن فهو القيمي.

قيل: فالمكيلات والموزونات والمعدودات مثليات إذا تساوت في الصفات أو تفاوتت، ومعنى التفاوت أن يكون تفاوتها مع اختلافها قد نصف عشر القيمة فما دون، وأما ما عداها فلا يُقضى بأنها مثلية وإن وجد فيها ما يساوي القيمة.

كذا في شرح ابن بهران: فالمبيع قيمي وقد يكون المبيع مثلياً إذا كان مسلماً فيه أو معيناً غير النقد، أو قوبل بالنقد، فإن المثلي في هذه الصور يكون مبيعاً، والمثلي: هو الثمن، وقد يكون مبيعاً كما في الصور الثلاث الماضية.

= قال الترمذي : هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر .
وأفصح ابن حزم في " المحلى " (٨ / ٥٠٣ – ٥٠٤) عن علة هذا الحديث بقوله : " سماك بن حرب ضعيف يقبل التلقين ، شهد عليه بذلك شعبة "
وهو حديث ضعيف

(١) انظر : " معاني القرآن " (٢ / ٤٠) وليس فيه العبارة التي نقلها الجلال .

(٢) في " المنتقى " (١٠ / ٥٩ – مع النيل) .

في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ [1]أن الثمن ما ثبت[أ] في الذمة وهو من أئمة اللغة.

(أ) قوله: الثمن ما يثبت في الذمة، أقول: يلزم أن يكون ما في ذمة مشتري المعدوم ثمناً، ثم إنه يقال فأين المبيع في السلم لأنه لا شك أنه معاوضة لابد فيها من أمرين مختلفين مبيع وثمن ولا ريب أن ما يسلمه المتسلم ثمن ويلزم أنه والمسلم فيه ثمن على هذا فأين المبيع، والظاهر أن مراد الفراء إن صحت[2] الرواية أن الثمن ما من شأنه أن يثبت في الذمة، فالنقد الحاضر ثمن، وإن من شأنه الثبوت في الذمة، والمسلم فيه غير النقد ليس من شأنه الثبوت في الذمة، بل من شأنه الحضور إلا أنه لما أباحه الشارع ساوى الثمن في خاصته وليس بثمن، نعم إن كان المسلم فيه نقداً فهو باعتبار أن من شأنه الثبوت في الذمة ثمن لأنه من الأثمان، وباعتبار أنه مسلم فيه مبيع ثم الذي في "القاموس"[3] ثمن الشيء محركه ما يستحق به ذلك الشيء، وفيه[4] أن الذمة بالكسر العهد والكفالة.

ولم أر فيه المعنى الذي ذكره الشارح عن الفراء، وأما الذمة بالمعنى الذي أراده الفقهاء: ففي "المصباح"[5] أنها الضمان في عباراتهم، وقد جاءت كذلك في اللغة.

---

(١) [سورة يوسف : ٢٠] .

(٢) قال الأزهري في " تهذيب اللغة " (١٥ / ١٠٦) :

قال الليث : ثمن كُل شيء : قيمته .

وقال الفراء : في قول الله عزوجل ﴿ ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ﴾ : كل ماكان في القرآن من هذا الذي قد نصب فيه " الثمن " وأدخلت الياء في المبيع أو المشترى ، فإن ذلك أكثر ما يأتي في الشيئين لا يكونان ثمناً معلوماً ، مثل الدنانير والدراهم ؛ فمن ذلك : اشتريت ثوباً بكساء ، أيهما شئت تحمله ثمناً لصاحبه ، لأنه ليس من الأثمان . وما كان ليس من الأثمان مثل الرقيق والدور وجميع العروض ، فهو على هذا ، فإذا جئت إلى الدراهم والدنانير وضعت الباء في الثمن ، كما قال في سورة يوسف : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ ﴾ لأن الدراهم ثمن أبداً ، والباء إنما تدخل في الأثمان .

(٣) " القاموس المحيط " (ص ١٥٢٩) .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ١٤٣٤) .

(٥) (ص ٣٣) .

وأما الاستدلال على كونه مبيعاً بحديث من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره كما سيأتي، فمبني على أن ضمير غيره مراد به غير الذي أسلم ليكون ذلك نهياً عن التصرف في قبل قبضه الذي هو خاصة المبيع وهو وهم[أ]، وإنما المراد أنه لا يصرف ما ثبت في ذمة المستسلم إلى بدل له في ذمته، لأن ذلك من بيع الكالئ بالكالئ[1]، فالحق أن للمسلم في أحكام الثمن لحصول خاصة الثمن فيه وانتفاء خاصة المبيع فيه وهي التعين.

(***وكذا المثلي غير النقد***) يكون مبيعاً (***إن عين***) أي حضر ولو في الذمة (***أو قوبل بالنقد***) على أن القضية مانعة الخلو لصحة اجتماع طرفيها، وكذا المقابل بالنقد قد يكون مسلماً فيه (***وألا***) يعين المثلي ولا قابله نقد (***فثمن أبداً كالنقدين***) فإنهما ثمن أبداً إن لم يسلم فيهما كما تقدم، إلا أن ههنا[ب] بحثاً وهو أن ما ذكر في بيان ماهية المبيع والثمن إن أراد أنه حقيقته اللغوية أو الشرعية، فلا نقل للتخصيص المذكور، بل الظاهر في

(أ) **قوله:** وهو وهم، أقول: الحديث محتمل للمعنيين لكن يتعين الأول لئلا يلزم أنه لا مبيع كما أسلفناه، فهو نظير النهي عن بيع ما لم يقبض، والحديث نص في ذلك فلينظر، وفي جامع (٢)ابن الأثير من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره قبل أن يقبضه إلا أنه قال، هذا لفظ رزين أعني زيادة قبل القبض.

(ب) **قوله:** إلا أن ههنا بحثاً، أقول: قد عرفت الدليل على جواز كون الثمن معدوماً، وعلى جواز التصرف فيه قبل قبضه، وامتناع ذلك في المبيع لتغاير الأحكام بتغاير الماهيات فتصيدوا ماهيته ليترتب عليها أحكام التفرقة.

---

(١) عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهي عن بيع الكالئ بالكالئ "
أخرجه الدارقطني في " السنن " (٣ / ٧٢ رقم ٢٧٠) والحاكم (٢ / ٥٧) وهو حديث ضعيف .

(٢) " جامع الأصول " (١ / ٤٥٤) .

نحو قوله تعالى: ﴿وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾[1] ، أن المراد أي: عوض كان[أ]، وإن أراد أنه حقيقة عرفية لأهل الفروع فلا جدوى لذلك، لأن خطابات الشارع لا تحمل على عرف تجدد بعده، بل يجب حملها على عرفه، وقد عرفت أن مرجع الفرق إلى التعين وعدمه، وجواز التصرف قبل القبض وعدمه، وعرفت ما في الفرق بذلك من ضعف.

(**فصل: ويجوز معاملة[ب] الظالم ولو كافراً بيعاً وشراء**) لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان " يعامل العرب بعد تحريم الربا وهم غير منتهين عنه حتى

(أ) **قوله:** أي عوض كان، أقول: قد سلف كلام "القاموس "[2] وأن الثمن مسماه ما استحق به الشيء، وهو ظاهر في أنه أعم من النقدين، إلا أنه لا يخفى أن الحكم بكونهما ثمناً لا ينفي الحكم بأن غيرهما ثمن أيضاً.

(ب) **فصل ويجوز معاملة الظالم**، أقول: ذهب أهل العلم إلى أنه في الأزمنة الآخرة قد التبست الأموال واختلط الحرام بالحلال سيما بعد بغي بعض أهل الإسلام على بعض، وانتهابهم الأموال المحرمة المعصومة، وأنه لم يبق الحلال الخالص إلا ما كان من أوراق الأشجار والمياه في القفار، ولأن الناس لا يتحرجون من الربا، ولا يتحرون على واجب الزكاة والوصايا والأوقاف، وأنه لا يحل شيء تلبس به الناس.

قلت: وهو تهويل ليس عليه تعويل، وقد عكس هذا بعض الصوفية، فقال: المال مال الله، والعباد عباد الله، فيأخذون ما شاءوا على أي صفة وأرادوا ولا يحرمون شيئاً، والكل إفراط وتفريط، والحق ما كان عليه هدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فإنه بعث وقريش تعامل بالربا وبيع الخمر ونحوهما، وكان بعد البعثة يباشر ما يباشره أهل بلده ويأكل مما يكسبه، وقد كان قرابته تعامل بالربا كعمه العباس، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم: " إن أول ربا أضعه ربا العباس "[3].

---

(١) [سورة البقرة : ١٧٤] .

(٢) " القاموس المحيط " (١٥٢٩) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٤٧ / ١٢١٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه في " حجة النبي ﷺ .

وقد يقال: هذا لا يتم به الاستدلال، لأنه لم يكن الربا قد حرم ولا الخمر.

فنقول: معلوم أنه بعد تحريمهما عامل اليهود كما ذكره الشارح وأموالهم لا تخلو عن الأمرين، ثم صحابته في المدينة كانوا يتجرون مع الكفار وغيرهم من بعد عصره وقعت قصة الحرة ونهبت المدينة وفي الناس بقية من الصحابة، وفيهم أعيان التابعين ولم يتركوا ما هم عليه من الاكتساب، ويقولون: قد اختلط الحرام بالحلال.

وكذلك علماء الدين في كل عصر من أعصار الظالمين اكتسبوا بالتجارة والحرف وغيرها، والأصل أن ما في يد المتصرفين ملك لهم لا يخرج عنه إلا من علم أو ظن خلافه، وقد أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " إن الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات "[1] فهذه الثلاثة الأنواع باقية ما بقيت السموات والأرض، والعامل بسنته صلى الله عليه وآله وسلم يتبع الحلال البين ويجتنب الحرام البين ويستبرئ لدينه بترك الشبهات بل أبلغ من معاملاتهم الأخذ مما في أيديهم.

فقد ذكر ابن بطال في "شرح البخاري"[2] عن العلامة ابن جرير الطبري والعلامة ابن المنذر جواز الأخذ مما في أيدي الظالمين وغيرهم إلا ما تعين أنه مظلمة معينة لرجل معروف وحكاه ابن جرير عن الأئمة من الصحابة والتابعين بهذا اللفظ، وعن تسعة من الصحابة منهم أمير المؤمنين علي عليه السلام وابنه الحسن عليهما السلام.

واحتج ابن المنذر على ذلك باقتراضه صلى الله عليه وآله وسلم من طعام اليهودي ورهنه درعه، وذلك في آخر أيامه، وقد وصفهم الله تعالى بأنهم أكالون للسحت.

واحتج ابن جرير بأمرين :

أحدهما: وجوب الحكم للفجار بما في أيديهم كوجوبه للأخيار على سواء في حكم الشريعة.

وثانيهما: إباحة أخذ الجزية من [٤٦٦/٣] أهل الكتاب وطيبها للمسلم مع العلم بأن أكثر أموالهم أثمان الخمور والخنازير، وأنهم يتعاملون بالربا.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٥٢ ، ٢٠٥١) ومسلم رقم (٣٣٣٠) والترمذي رقم (١٢٠٥) والنسائي رقم (٤٤٥٣) وابن ماجه رقم (٣٩٨٤) كلهم من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه .

(٢) (٦ / ٣٣٨ - ٤٣٠) .

مات درعه مرهونة في شعير عند أبي الشحم الظفري اليهودي متفق عليه [1] من حـــديث عائشة رضي الله عنها، وعند البخاري [2] من حديث أنس، وعند أحمد [3] والترمـــذي [4] وابن ماجة [5] والطبراني [6] والنسائي [7] وصححه من حديث ابن عباس، وقـــال صـــاحب "الاقتراح " [8] هو على شرط البخاري.

وقد بسط القول في هذه المسألة السيد محمد بن إبراهيم الوزير في كتابه قبول البشرى، وكذلك من قبله ابن تيمية في جواب سؤال، ولم يحضرنا عند كتب هذه التعليقة، وقد أوضحنا هذا في رســـالة [9] مستقلة سميناها: القول المتين فيما يؤخذ من عطايا السلاطين، وإن كان خاصاً فيما يوجد في أيـــديهم بغير تجارة وبين الأخذ بتجارة والأخذ للعطية منهم، فرق لا يخفى، وذلك أن الذي في أيديهم مظـــالم ملتبسة يجب عليهم إخراجها وصرفها في المصالح، فمن أعطوه من أهل المصالح فقد وافـــق مصـــرفه وتعين عليه قبضه، لأنه إذا وجب عليهم الصرف وجب على المصرف القبض، وله دل من أتاه مـــن السلطان شيء فليقبضه، فإنما هو رزق ساقه الله، هذا معناه.

وفيه الأمر بالقبض، وأما ما شروه وسلموا ثمنه من المظالم التي لديهم فإنه لا يحل لهم إعطاء أثمان مـــا يأخذونه لأنفسهم منها؛ لأن ما تحت أيديهم ليس لهم التصرف فيه إلا بصرفه في مصارفه وبه تعرف أنه لا يصح قيام معاملتهم بيعاً وشراء على جواز الأخذ لعطاياهم، والأمر واضح.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٥٠٩) ومسلم رقم (١٢٥ / ١٦٠٣) .

(٢) في صحيحه رقم (٢٥٠٨) .

(٣) في " المسند " (١ / ٢٣٦) .

(٤) في " السنن " رقم (١٢١٤) .

(٥) في " السنن " رقم (٢٤٣٩) .

(٦) في " الكبير " رقم (١١٧٩٧) .

(٧) في " السنن " (٧ / ٣٠٣) . وهو حديث صحيح .

(٨) أي ابن دقيق العيد في " كتابه " الاقتراح " (ص ٣٧٨ – ٣٧٩) رقم الثالث عشر تحت (القسم الخـــامس في أحاديث رواها قوم خرج عنهم البخاري في الصحيح ، ولم يخرج عنهم مسلم ، أوخرّج لهم مع الاقتـــران بـــالغير . والمراد بهم من دون الصحابة) .

(٩) وهي الرسالة رقم (١٣٩) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير بتحقيقي . ط : ابن كثير دمشق .

لكن لا يعامل الظالم إلا (**فيما لم يظن تحريمه**) بدليل ينقل كون الأصل عدم المظلمة؛ لأن مجرد الشك لا يجب العمل به، وإن كان مسلكاً للورع المندوب إليه.

وأما قول المؤيد أن الظاهر كون ما في أيدي الظلمة حراماً، فإنما أراد[أ] بالظلمة ولاة الجور الذين يقبضون الحقوق بغير أهلية؛ لأنها غصب معهم وأموالهم بالنظر إليها حقيرة مغمورة.

(**و**) يجوز معاملة (**العبد والمميز**) خلافاً للأمير الحسين [1]مستدلاً بأن الأصل [٣/٤٦٦] عدم الأهلية فيهما، قيل إلا للمعتاد من المحقرات وأستحسنه المصنف، إلا أنه قال هو لا يخالف ما في "الأزهار" بناء على أن قوله: (**ما لم يظن**) حجرهما يوافق كلام الأمير وليس كذلك، لأن عدم ظن الحجر ليس ظناً لعدمه حتى يجوز العمل عليه على أن الظن لا بد له[ب] من مناط شرعي وإلا كان الواجب هو البقاء على الأصل، وأما قوله: (**وهو بالخطر**) فكلام لا دخل له[ج] في الأحكام؛ لأنه كالسماء فوقنا.

(أ) **قوله:** فإنما أراد بالظلمة ولاة الجور، أقول: يريد أن كلام المؤيد خاص بولاة الجور وعقد المسألة لأعم من ذلك، وقول المؤيد الظاهر أي: الغالب في الظن.

(ب) **قوله:** لابد له من مناط شرعي، أقول: هو ههنا العرف فإن العرف جار بأن المحقر يأمر الولي والمالك الصبي والعبد ببيعها وشرائها.

(ج) **قوله:** لا دخل له في الأحكام، أقول: له دخل في النصيحة لمن يريد معاملتهما "والدين النصيحة"[2] فليس كالسماء فوقنا.

---

(١) في " شفاء الأوام " (٢ / ٤٠٣ - ٤٠٤) .

(٢) أخرجه أحمد في " المسند " (٢ / ٢٩٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .
وهو حديث صحيح .

(**و**) يجوز معاملة (**ولي مال الصغير**)، وأما قوله: (**إن فعل لمصلحة**) فبناء على أن[أ] الأصل في الأولياء عدم الصلاح كما هو المذهب، إلا أنه لا وجه للفرق بين أصل وأصل، فإنه لم يشترط في جواز معاملة العبد والمميز تحقيق الإذن المخالف للأصل.

(**و**) ولي مال الصغير (**هو أبوه**) وقال أبو يوسف [1]ومحمد: لا ولاية للأب بل للإمام والحاكم، احتج المصنف بأن مناط الولاية رعاية [2]المصلحة[ب] وحنوه على ولده يوجب مراعاتها أكثر مما يراعيها الإمام، وأجيب بالمنع بل مناط رعاية المصلحة كمال الورع المشترط في الإمام والحاكم قلنا : الحديث [3]"أنت ومالك لأبيك" ، تقدم وذلك أكثر من استحقاق الولاية.

(أ) **قوله:** فبناء على أن الأصل في الأولياء عدم الصلاح أي للتعرف في مال من هو وليه، والأولى أن لا يقال الأصل الصلاح أو عدمه بل أحوال الأولياء مختلفة ديانة وحذاقة وعفة، فليس لنا قاعدة كلية نجعلها أصلاً.

(ب) **قوله:** فإن مناط الولاية رعاية تحقق المصلحة ، أقول : قال عليه في " المنار "[4] أنه لا يكفي في إثبات الولاية ، وظاهر كلامه أن هذا عمدهم.

قلت: قد ثبت النص أنه ولي النكاح والفروج آكد من المال، فهو وليه بالقياس عليه، وقد يناقش بأنه لا ولاية له في مال البالغة مع ولايته في نكاحها، ثم الظاهر أن في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم كانت أموال اليتامى بيد الآباء وغيرهم من القرابة كما يأتي للشارح، ولم يعترض صلى الله عليه وآله وسلم ذلك، بل أقره وعليه نزلت الآيات ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى﴾ [5]ونحوها.

فالأظهر: أنه ليس للإمام والحاكم الولاية إلا إذا فرَّط القريب وظهرت خيانته، فلا يخفى قوة ما يأتي للشارح قريباً.

---

(١) انظر : " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٢٠٢ – ٢٠٤) .

(٢) في نسخة أخرى تحقق .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) (٢ / ١٤) .

(٥) [سورة البقرة : ٢٢٠] .

قلت: والعدالة في الولي لابد منها، ولهذا[أ] سقطت الحضانة بالفسق كما تقدم.

(**ثم وصية**) أي: وصي الأب، وقال الشافعي[1] وأصحابه الجد أقدم من وصي الأب لنا أنه كوكيل الأب في حياته، ووكيل الأب مقدم على الجد اتفاقاً، قالوا: حلول نظر الأب على الوكيل فارق بينه وبين الوصي والجد أحنى على الصبي لأنه أب[ب].

(***ثم الجد ثم وصية ثم الإمام والحاكم منصوبهما***) ولا ولاية لغير من ذكر من الأقارب.

وادعى المصنف الإجماع على ذلك، وما أدري[ج] ما صحته مع قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾[2]وقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ [3]فإنهما

(أ) **قوله:** ولهذا سقطت الحضانة بالفسق، أقول: قدمنا لك الأدلة على عدم سقوطها فتذكر، وقد عول الشارح في الدليل على ولاية الأب، على حديث:" أنت ومالك لأبيك" وأحسن في ذلك إلا أن قوله: لأبيك، مطلق يصدق على الأب غير العدل أيضاً.

(ب) **قوله:** لأنه أب، أقول: أي: سماه الله أباً في قوله: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[4]وفي قوله: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ وغيرهما، إلا أنه لا يخفى أن دليل الشارح على استحقاق الأب الولاية حديث: " أنت ومالك لأبيك "[5] ولم يقولوا به في الجد.

(ج) **قوله:** وما أدري ما صحته، أقول: المصنف أدعى الإجماع على تقديم وصي الأب على الجد وعلى ولاية الجد بعده، ولا كلام أنه لا صحة لهذا الإجماع، فقد تقدم قريباً خلاف محمد وأبي يوسف[6] بأنه لا ولاية للأب، وإذا كان لا ولاية له فلا ولاية لوصيه، فإنهما إذا نفيا الولاية عن الأب فبالأولى نفيهما لها عمن بعده، فلا إجماع على الترتيب ولا على المرتبة.

---

(١) " البيان" للعمراني (٥ / ٢١ – ٢٢) .
(٢) [سورة النساء : ٦] .
(٣) [سورة البقرة : ٢٢٠] .
(٤) [سورة الأنفال : ٧٥] .
(٥) تقدم وهو حديث صحيح .
(٦) انظر : " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٢٠٢ – ٢٠٤) .

ظاهران في أن أموال اليتامى كانت في غير يد النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وتولي غير الأب والجد من الإخوة والأعمام أكثر في الأخبار من أن نَعُدَّهُ.

وبالجملة: فقوله تعالى﴿وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [1] عموم يفتقر تخصيصه إلى دليل غير دعوى الإجماع التي حاصلها عدم العلم بالمخالف، لما علم من أن عدم العلم ليس علماً بالعدم، وكما في الحضانة[أ] والميراث بشرط كمال العدالة.

(**و**) إذا تصرف الولي في مال الصبي ثم بلغ الصبي وأنكر مصلحته في البيع كان (***القول له***) أي: للولي (***في مصلحة الشراء***).

(**و**) في مصلحة (***بيع سريع الفساد*** [2]) من غير المنقول، وإنما قيدنا بذلك لئلا

وأدعى الإجماع على أنه لا ولاية لأحد من الأقارب غير الأب والجد، وهو الذي قال الشارح أنه لا يدري ما صحته للآية ولا يخفى أنه يقال: الخطاب فيها للأولياء، ولم تعين الآية أحداً للولاية، فوقع في ذلك الاختلاف، فكل يرد الضمير إلى من يراه ولياً، نعم، ما ذكره من أن أموال اليتامى كانت في أيدي غير من ذكر من الأولياء، وفي أيديهم أيضاً يقوى عند الظن لمن تتبع السنن والسير النبوية، فكم من شهيد ومن ميت في عصره صلى الله عليه وآله وسلم، لا يعلم أنه صلى الله عليه وآله وسلم بحث عن أولاده الأطفال، وهل هم عنده من ذكر من الأولياء، أو عند غيرهم، بل أقر كلاً على ما كان عليه.

(أ) **قوله:** كما في الحضانة والميراث بشرط كمال العدالة، أقول: فإنهم جعلوا للأرحام حقاً في

---

(١) [سورة الأنفال : ٧٥] .

(٢) قال الشوكاني في " السيل " (٢ / ٥٤١ – ٥٤٢) قد قررنا أن لمن كان ولياً على الصفة التي حررناها ولاية شرعية ، وموجب هذه الولاية أن يكون القول قوله في ذلك لأنه متصرف بأمر الشرع ومأمور بالعدل ، فلو عاد خصماً مخاصماً وكلف البينة على تصرفاته لكان ذلك مخالفاً للولاية الشرعية ، وأما ما قيل من أن الأصل في الأولياء عدم الصلاح فمجرد رأي بحت بل الأصل فيهم الصلاح ، وفي تصرفاتهم الصحة ومن ادعى غير ذلك فهو مدع خلاف الظاهر فإن جاء ببرهان يقتضي صحة دعواه فذاك وإلا فلا قبول لمجرد دعواه .

يكون قوله: ﴿ ***والمنقول*** ﴾ أعم من سريع الفساد، فيكون ذكر سريع الفساد مستغنى عنه على أن الشرط ليس سرعة الفساد بل مجرد خوفه، لكن هذا التفصيل لا يتمشى على أصل الهادي في كون [١] الأصل في الأولياء عدم الصلاح ولا على أصل المؤيد في كون الأصل هو الصلاح؛ لأن الظاهر عند كل منهما ما هو الأصل عنده في منقول وغير منقول سريع الفساد أو غيره بيع أو شراء.

وأما قول المصنف أن الصحيح للمذهب هذا التفصيل محتجاً بأن الظاهر عدم المصلحة في بيع غير المنقول وسريع الفساد. فيكون كظهور التفريط فساقط لصحة حصول المصلحة في بيع غير المنقول، كما لو تضاعفت قيمته أضعافاً لا تعتاد، ولم يكن للصبي إليه حاجة مع تحصيل القيمة لمصلحة أكثر من المصلحة في بقائه وتجويز نقصان القيمة ولو تراخى الولي عن البيع كما فعل حسان[أ] في بيع حصته من بيرحاء صدقة أبي طلحة حتى قال: ألا أبيع صاع تمر بصاع دراهم ثم اشترى بها أموالاً جليلة، فإن التفريط يكون في ترك بيته حينئذٍ قطعاً.

الحضانة[٢] كالخالة، والأرحام في الآية المراد بهم القرابة مطلقاً لا ما تعارفه الفرضيون، وكان الأولى تقديم قوله بشرط كمال العدالة عن قوله والميراث، فإن شرطها خاص بالحضانة لا غير.

(أ) **قوله:** كما فعل حسان، أقول: تأتي القصة[٣] في الوقف إن شاء الله تعالى، وهو مثال للبيع مع تضاعف القيمة، وإن كان حسان باع عن نفسه على أنه لا حجة في فعله إلا أن كلام الشارح قويم إذ المدار على المصلحة، فأينما تحققت اتبعها الولي.

---

(١) انظر ما تقدم .

(٢) تقدم مفصلاً في " الحضانة " قوله : فإن عدمن فالأقرب الأقرب .

(٣) سيأتي ذكرها .

وبالجملة[أ]: كمال الأمانة وظهور الرشد في الولي هو المناط، فمن كان بهذه الصفة فالقول قوله، وإلا فالبينة عليه.

(**و**) القول للولي أيضاً (***في الإنفاق***) لمال الصبي عليه (**و**) أما أن القول قوله في (***التسليم***)[1] لمال الصبي إليه فكذلك عندنا، وقال الشافعي البينة على الولي، لنا أنه كالإنفاق ورد بالفرق بأن الإنفاق إنما يكون في حال الولاية، والرد إنما يكون بعد انقطاعها، والأصل عدمه، وفيه نظر لأنها في يده بعد ذلك أمانة فهي كالوديعة واللقطة، فالقول قول الأمين في الرد.

و (**لا**) يجوز (***الشراء*** [٣/٤٦٧] ***من وارث***) ميت (***مستغرق***) ماله بالدين إذا كان الوارث (***باع***) التركة (***لا للقضاء***) للدين (**و**) لكنه إذا فعل أثم وانعقد

(أ) **قوله:** وبالجملة كمال الأمانة.. إلخ، أقول: هو كما قال فالقول قوله في الإنفاق، وأما في التسليم فالآية دلت على وجوب الإشهاد ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [2] والقول أنه أمر إرشاد وندب خلاف الأصل في الأمر. [٣ / ٤٦٧] .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٤٢ – ٥٤٣) .

وأما قوله " وفي التسليم " فلا بد من تقييده بأمرين :

الأول : أن يكون اليتيم ونحوه حال النزاع قد بلغ سن الرشد لقوله عزوجل ﴿ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [سورة النساء : ٦] فلو لم يكن قد بلغ تلك السن كان الولي متعدياً بتسليم المال إليه ومع كونه مخالفاً لما امر الله به لا يكون القول قوله ، لأن الولاية الشرعية تقتضي أن لا يدفع إليه ماله إلا مع إيناس الرشد ، فدعواه أنه دفعه إليه قبلها يوجب بطلان ولايته والقدح في عدالته وهو لم يُقبل قوله إلا لمجموع الولاية والعدالة .

الأمر الثاني : أن يشهد على تسليم ماله إليه كما أمره الله سبحانه بقوله : ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [سورة النساء : ٦] فإذا لم يشهد فقد أخل بواجب عليه فعليه أن يأتي بما يصدق قوله ويصحح دعواه .

(٢) [سورة النساء : ٦] .

البيع موقوفاً (**ينفذ بالإيفاء**) للدين (**أو الإبراء**) منه، وإلا فلا أعلم[أ] أهم اختلفوا هل الوارث خليفة ينتقل قدر التركة من ذمة الميت إلى ذمته لا ما زاد على التركة فيصح تصرفه في الكل غير موقوف على إيفاء ولا إبراء، لأن للغرماء مطالبة الوارث بقدر التركة وعليه قضاء قدرها أو هو غير خليفة بحيث لا ينتقل قدر التركة إلى ذمته ولا ينفذ له تصرف فيها لأن حقوق الغرماء، انتقلت إليها لا إلى ذمة الوارث، ذهب الإمام يحيى والفريقان إلى الأول، وذهب أصحابنا إلى الثاني.

والذي ذكره المصنف قول ثالث مبني على إثبات ملك قوي وضعيف، وللورثة هنا ملك ضعيف يصح به العقد في حال دون حال كما في ملك السيد لمدبره، وهذا من

(أ) **قولـه:** فلا اعلم أهم اختلفوا هل الوارث خليفة، أقول: أن الميت لا يخلو إما أن يخلف تركة تساوي دينه أو تزيد عليه أو تنقص عنه، أولاً: يخلف شيئاً مع كون عليه دين، أو يخلف تركه ولا دين عليه، ولا خلاف أنه ليس بخليفة حيث لا تركة ولا في ما زاد من الدين على التركة، ولا خلاف أنه خليفة حيث لا دين، وكذا في الزايد من التركة على الدين، فأما إذا استوت التركة والدين ففيه الخلاف، فمنهم من قال ينتقل الدين إلى ذمة الوارث وتنتقل التركة إلى ملكه، وقيل: لا أستدل الأول بلام الملك في الحديث، والكل العيال كما في النهائية وجوابه أن المستغرقة تركته لم يخلف مالاً وبأنها تجب مؤاذنة الوارث، وجوابه للأولوية، واستدل الثاني بالآية وهي واضحة في أنه لا شيء للوارث من تركة مستغرقة.

قلت: الآية ليست من محل النزاع، فإنها وردت بالحكم باستحقاق السهم لمن هو له بعد الوصية والدين، ولا سهم لأحد في تركة مستغرقة، فالاستدلال بها في غير محل النزاع، نعم، قد دلت الآية أنه لا حق لأحد إلا بعد الوصية والدين، ثم إن خلافهم في الدين هل ينتقل إلى الذمة، ولم يذكروا الوصية وهي قرينة في الآية، وقد أشار الشارح إلى أنها كالدين.

تصور(أ) إمكان الجمع بين أحكام النقيضين الذي اعتمده الحاكمون بأحكام الخيار. لنا أن قوله تعالى﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [1]تقييد لاستحقاق الإرث وهو ظـاهر في تعلق الدين والوصية بالمال لا بذمة الوارث وإلا لتعلقا بذمته حيث لا تركة رأساً وبطلانه وفاق، قالوا حديث: "من ترك مالاً فلأهله، ومن ترك كلاً فعليَّ "، أخرجه البخـاري [2] ومسلم[3] وأبو داود[4] والترمذي[5] من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قلنا المستغرق لم يترك مالاً، قالوا: تجب مؤاذنة الوارث في البيع، قلنا للأولوية كالشفعة لا للملك.

واعلم أن الأصل صحة كل بيع وقع فيه التراضي لقوله تعـالى ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [6]منكم ومقابلة الباطل بالتراضي دليل أن ما

(أ) **قوله:** وهذا من تصور إمكان الجمع بين النقيضين، أقول: كون لهم ملك ضعيف ليس للمصـنف، بل حكاه عن أبي مضر[7]، قال: وهو ظاهر قول المؤيد وهو الصحيح للمذهب، والثاني: أنه ليس لهم ملك ضعيف ولا قوي، وهو للقاضي زيد وهو الحق لعدم الدليل على خلافه، فالبقاء على الأصل.

---

(١) [سورة النساء : ١١] .

(٢) في صحيحه رقم (٢٣٩٨) .

(٣) في صحيحه رقم (١٦١٩) .

(٤) في "السنن " رقم (٢٩٥٥) .

(٥) في " السنن " رقم (٢٠٩٠) .

(٦) [سورة النساء : ٢٩] .

(٧) انظر " شرح الأزهار " (٦ / ٦٠) .

وفائدة الخلاف بين أبي مضر والقاضي زيد إذا مات عن ابنين وعليه دين ، ثم مات أحد الابنين عن ابن ، ثم إن من له الدين أبرأ كان البراء للميت ، لأن الدين عليه ، وتكون التركة بين الابن وابن الابن نصفين ، قال الفقيه يوسـف : هذا إذا قلنا : للوارث ملك ضعيف ، كما ذكره ابو مضر ، وإن قلنا : لا ملك له ، كما قال القاضـي زيـد كـان للابن ، ولا شيء لابن الابن . وقيل : لافرق . فينظر .

حصل فيه التراضي ليس بباطل إذا علمت هذا الأصل فأعلم أصلاً آخر وهو أن الصحة ترتب ثمرة العقد عليه، فالصحة كناية عن نفي الفساد الذي هو مقتضى النهي، لأنها وردت فيه مناه حكم فيها بالفساد من حكم بأن النهي للحظر، وأن النهي للوصف يقتضي الفساد، فكان الحكم بصحة ما لم يُنْهِ عنه عبارة عن عدم النهي عنه إذا تحققت هذين الأصلين علمت أنه ما كان ينبغي للمصنف ولا لغيره التعرض لقوله: (**وبيع كل ذي نفع حلال جايز** [1]) لبعض صور الصحيح التي ضمنها هذا الفصل لما عرفت من جواز كل بيع بالأصالة.

وإنما الواجب[أ] بيان ما لا يجوز فيه البيع بما تضمنته المناهي الشرعية، ثم يقال: ويجوز ما عدا ذلك، وأما ما يعتذر به من أن ما تضمنه هذا الفصل مما يتوهم دخوله في المناهي فذكر تصحيحه دفع لذلك، فمع أن حقه أن يذكر بعد ذكر المناهي لأن مقام[ب]

(أ) **قوله:** وإنما الواجب بيان ما لا يجوز فيه البيع، أقول: قد يقال بيان ما لا يجوز بيعه قد اشتمل على بيان ما نُهي عنه بما تضمن من القيود التي بينها الشارح.

ثم اعلم أن الأصل في النهي التحريم، ثم إنه يقتضي الفساد، وقد قدمنا تحقيقه ولا فرق بين كونه للذات أو للوصف.

(ب) **قوله:** لأن مقام التخلية، أقول: بالمثناة الفوقية فخاء معجمة من خلاه تخلية أي تركه، والمناهي تروك، وأما التحلية فهي كالأولى إلا أنها بالحاء المهملة من الحلية والزينة، وكأنه جعل الأوامر حلية باعتبار أن المأمور إذا أتى بها زينته عند الله تعالى وعند الناس، ولا يخفى أن تركه المناهي كتركه السرقة، وشرب المسكر حلية له أيضاً، واجتمعا في كلمة التوحيد، وقدم فيها النفي على الإثبات تقديماً للتخلية بالمعجمة على التحلية بالمهملة وهما هنا يدخل العبد في التزين بالإيمان والحلية [به][2] فبالنهي والإثبات كمال الزينة والحلية.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٦١) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

التخلية قبل مقام التحلية ينبني على أن الأصل في النهي التحريم، وعلى أن مناهي البيع للوصف، وعلى أن النهي للوصف يقتضي الفساد، والمحققون على أن هذه المقدمات في هوة المنع التي لا يمكن التخلص منها كما حققناه في شرح الفصول.

فقوله: ذي نفع لا ما لا نفع فيه كالأسد والنمر ونحوهما، قالوا: لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، إذ ما لا نفع فيه باطل، وجوز بيع القمري لصوته والطاووس للونه، ولا وجه للفرق، فإن النفع عبارة عن الوصول إلى غرض مقصود، والغرض المقصود لا ينحصر في وجه ولو مجرد[أ] الاطلاع على حقيقة المبيع ومعرفة حاله، وذلك من العلم الذي هو أعظم المنافع.

(أ) **قولـه:** ولو مجرد الاطلاع على حقيقة المبيع، أقول: وأما حديث ابن عباس مرفوعاً " أن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه " أخرجه الحاكم [1] والبيهقي [2] بإسناد صحيح، فقد قال ابن القيم [3]: يراد به أمران: أحدهما: ما هو حرام العين ولا يبتاع جملة كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك، فهذه ثمنها حرام كيفما أنفقت، والثاني: ما يباح الانتفاع به في غير الأكل، وإنما يحرم أكله كجلد الميتة بعد الدباغ، وكالحمر الأهلية والبغال ونحوها مما يحرم أكله دون الانتفاع، فهذا قد يقال لا يدخل في الحديث، وإنما يدخل فيه ما هو حرام على الإطلاق، وقد يقال أنه داخل فيه ويكون تحريم ثمنه إذا بيع لأجل المنفعة التي حرمت منه، فإذا بيع البغل والحمار لأكلهما حرم ثمنهما، إلا أن قوله كجلد الميتة بعد الدباغ مشكل؛ لأنه بعد الدباغ يباح الانتفاع به ولو بأكله؛ لأنه إنما حرم لأنه نجس، فإذا دبغ صار طاهراً بالنص، فلا يمنع عنه شيء من الانتفاعات، وقبل الدبغ يحرم كل انتفاع به لأنه ميتة فينظر.

---

(١) لم أقف عليه .

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٣ ، ١٣ – ١٤) .

قلت وأخرجه أحمد (١ / ٢٩٣ ، ٣٢٢) وأبو داود رقم (٣٤٨٨) وهو حديث صحيح .

(٣) في " زاد المعاد " (٥ / ٦٧٦) .

وأما اشتراط كون النفع حلالاً فقد احترز به عن نفع الدُّف والمزمار وعيدان اللـــهو ونحو ذلك، فإنه لا يجوز بيعها بناء على أن وسيلة الحرام محرمة، ولهذا هدم النبي صلى الله عليه وآله وسلم مسجد الضرار، وحرق أمير المؤمنين عليه السلام رقعة الشطرنج، إلا أن ذلك لا يتمشى إلا فيما انحصر[أ] نفعه في الحرام، ولا يتحقق الانحصار فيه في شيء حـــتى الدف، فإن التدفيف قد يباح في الأعياد والعُرسات، وربما جعل غربالاً أو نحو ذلك مـــن الانتفاعات المباحة.

وحاصله: أن الحرام ليس بلازم لوجود آلته لزوم الظل والتحيز للجسم، وإذا لم يكن لازماً له كان المحرم استعماله في الحرام لا مجرد بيعه، وإلا لزم[ب] حرمة بيع كل ما حـــرم

(أ) **قولـه:** إلا فيما انحصر نفعه في الحرام، أقول: يأتي حديث القينات، ومعلوم أنه لا ينحصر نفعهن في الحرام، بل فيهن منافع مباحة جمة، وأيضاً: رقعة الشطرنج لا تنحصر في اللعب بها وحينئذ لا يشترط الانحصار، بل إذا كانت وسيلة الحرام صالحة له ولغيره حرم بيعها له، كالدف ونحوه، فلو باع الدف ليكون غربالاً أو ليضرب به فيما يباح فيه الضرب فهو ذو نفع حلال، يجوز بيعه داخل تحت عبـــارة المصنف، فليس مراده إلا النفع المحرم، فبمجرد صلاحية الشيء لما يحل منه وما يحرم لا يحـــرم بيعـــه، وإلا لزم تحريم بيع الزبيب والتمر والعسل والذرة ونحو ذلك؛ لأنها تصلح لأن تكون خمـــراً، فمـــن شراها ليفعلها خمراً حرم بيعها منه، وحل ممن يأكلها وينتفع بها نفعاً جائزاً.

ومنه بيع الحمار الأهلي للأكل يحرم، ويباح للركوب، نعم المشكل قول المصنف: ولو إلى مســـتعمله في معصية، فإن صواب العبارة كما قال الشارح: لا إلى مستعمله في معصية، كما دل لـــه حـــديث تحريم بيع العنب ممن يتخذه خمراً، وبيع القينات لأجل الغناء لا لأجل الخدمة أو التسري فإنه جـــايز، ولذا عبر صلى الله عليه وآله وسلم عن تحريم بيعهن بالقينات إذ القينة المغنية، فعلق النهي بالوصـــف المحرم.

(ب) **قولـه:** وإلا لزم حرمة بيع ما حرم أكله، أقول: يقال ملتزم حرمة بيع الحمار للأكل كما أسلفناه قريباً، لا لنفع حلال كالركوب فلا وجه له، نعم يرد على إطلاق عبارة المتن.

أكله كالحمر الأهلية وغيرها وما صلح لحرام وحلال كالعنب يصلح للتفكه والسكر ،فلا يصح.

قوله: (*ولو إلى مستعمله في المعصية*) كالعنب يباع من الخمَّار[أ]، فالصواب أن يقال: لا إلى مستعمله في معصية لتعلق التحريم ببيع [٤٦٨/٣] وسيلة الحرام ممن علم من قصده التوصل بها إليه؛ لأن في النهي عن بيع العنب من عاصره حديث بريدة مرفوعاً عند الطبراني[ب] في الأوسط [(١)]" بلفظ من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمراً، فقد تقحم النار على بصيرة " •

(أ) **قوله:** والصواب أن يقال.. إلخ، أقول: هذا هو الصواب، وتحريم بيع العنب من عاصره خمراً مذهب أحمد [(٢)]ومالك[(٣)] واتباعهما، ومثل بيع السلاح من باغ على المسلمين، وبيع الحرير ممن يلبسه وهو محرم عليه [٤٦٨/٣].

(ب) **قوله:** عند الطبراني [(٤)]بلفظ.. إلخ، أقول: في "بلوغ المرام"[(٥)] رواه بلفظ من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه ممن يتخذه خمراً، الحديث، وقال الحافظ ابن حجر[(٦)]: إسناده حسن، وأخرجه البيهقي في "شعب الإيمان" [(٧)]عن بريدة باللفظ الذي ساقه الشارح.

---

(١) في " الأوسط " رقم (٥٣٥٦) •

وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ٩٠) وقال : فيه عبد الكريم بن عبد الكريم ، قال أبو حاتم : حديث يدل على الكذب " •

وحسنه الحافظ في " بلوغ المرام " رقم (٣٧ / ٧٧٢) بتحقيقي وهو حديث باطل •

وانظر : " العلل " لابن أبي حاتم (١ / ٣٨٩ رقم ١١٦٥)

قال الذهبي في ترجمة الحسن بن مسلم (١ / ٥٢٣ رقم ١٩٥١) " أتى بخبر موضوع في الخمر ، ثم ساقه من رواية ابن حبان "

(٢) في " المغني " لابن قدامة (٦ / ٣١٧) •

(٣) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٢٣٣) •

(٤) في " الأوسط " رقم (٥٣٥٦) وهو حديث باطل •

(٥) الحديث رقم (٣٧ / ٧٧٢) بتحقيقي •

(٦) في " بلوغ المرام " رقم (٣٧ / ٧٧٢) بتحقيقي •

(٧) رقم (٥٦١٩) •

وعلى ذلك يحمل أيضاً ما أخرجه الترمذي [1] من حديث أبي أمامة، وقال: غريب [2] أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: " لا تبيعوا القينات المغنيات، ولا تشتروهن، ولا تعلموهن، ولا خير في تجارة فيهن وثمنهن حرام ".

واحترز بقوله: (**غالباً**) عن بيع السلاح من كافر أو باغ، لحديث عمران بن حصين " نهى عن بيع السلاح في الفتنة " رفعه البيهقي [3] والبزار [4] وابن العربي [5] وهو ضعيف، والصواب وقفه كما علقه البخاري [6]، وأجاز ذلك الأخوان والأمير الحسين إذا لم يقصد إلا مجرد بيع سلعته لا نفع المشتري [به] ومعونته.

قلت: ويستأنس له بحديث خباب بن الأرت عن ابن حبان في صحيحه [7] وغيره [8]، قال: كنت قيناً بمكة فعملت للعاص بن وائل سيفاً فجئت أتقاضاه، الحديث وإن لم يكن فيه دليل لأن ذلك قبل فرض الجهاد، وفعل خباب بغير اطلاع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يكون حجة.

وقوله: تقحم، بالقاف والحاء المهملة، أي: رمى بنفسه على علم بالسبب الذي أوجب تقحمه فيها.

---

(١) في " السنن " رقم (١٢٨٢ و ٣١٩٥) وهو حديث حسن.

(٢) قال الترمذي : هذا حديث غريب إنما يروى من حديث القاسم عن أبي أمامة والقاسم ثقة ، وعلي بن يزيد يضعف في الحديث قاله محمد بن إسماعيل.

(٣) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٢٧).

(٤) عزاه إليه الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٤٢).

(٥) كذا في المخطوط وصوابه (ابن عدي) في " الكامل " (٦ / ٢٦٦).

(٦) في صحيحه (٤ / ٣٧٨ باب بيع السلاح في الفتنة).

(٧) رقم (٥٠١٠).

(٨) كالبخاري في صحيحه رقم (٤٧٣٢) و (٤٧٣٣) ومسلم رقم (٣٦ / ٢٧٩٥) وأحمد (٥ / ١١٠) والترمذي رقم (٣١٦٢).

وإذا عرفت ما قدمناه لك من أن مجرد إمكان التوسل بالمبيع إلى حرام لا يكفي في تحريمه حتى يقصد به الوجه[أ] المحرم ، عرفت صحة ما ذكره الأخوان الأمير والحسين وإلا لزم حرمة كل مبيع إذ ما من مبيع إلا ويمكن التوصل به إلى حرام حتى الطعام يتوصل به إلى معصية الله.

وأما قوله: (**أو**) إلى مستعمله في (**واجب**) فلا وجه له؛ لأن ما يذكر بعد لو التي للربط يجب أن يكون مما يتوهم مخالفته في الحكم كما في زيد، ولو كثر ماله بخيل ليكون دفعاً لتوهم المخالفة، ولا يجري الوهم إلى حرمة ما اشتري ليستعان به على واجب، إنما يتوهم حرمة ما يستعان به على معصية، وكأن تمثيله ما يستعمل في الواجب بقوله: (**كالمصحف**) [1]إشارة إلى قول ابن عمر بتحريم بيع المصاحف، حتى قال: وددت لو قد رأيت الأيدي تقطع في بيع المصاحف، ووافقه جابر [2]في البيع لا في الشراء، قال: لأن البيع إبعاد للبركة لا الشراء، وذلك اجتهاد لا أصل له، ثم تمثيل المصنف به بناء على وجوب تعلم القدر الواجب من القراءة في الصلاة، وقد قدمنا لك في الصلاة أن التعلم من

(أ) **قوله:** حتى يقصد به الوجه المحرم، أقول: فكلما انحصرت منفعته في محرم لا يقصد به إلا ذلك أو غلب استعماله له كذلك كالقينات، وأما قول الترمذي [3]أن حديث أبي أمامة فيهن غريب، فلأن مداره على عبيد الله[4] بن زحر -بالزاي مفتوحة والمهملة- ضعفه أحمد، وقال أبو زرعة صدوق، وقال النسائي لا بأس به عن علي بن زيد الألهاني، وقالوا: منكر الحديث إلا أنه قد قال ابن القيم في "إغاثة اللهفان"[5]: له شواهد من الصحابة ومتابعات.

---

(١) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٦) وابن أبي شيبة في " المصنف " (٦ / ٦٠)

(٢) أخرجه ابن حزم في " المحلى " (٩ / ٥٥) وابن أبي شيبة في مصنفه (٦ / ٦٣ رقم ٢٦٠) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٥٨٠)

(٤) انظر : " ميزان الاعتدال " (٣ / ٦ – ٨ رقم ٥٣٥٩) .

(٥) (١ / ٤٣٢) .

تحصيل شرط الواجب ليجب ولا يجب، ثم بيع المصحف إنما يتناول الأجسام من الكاغد والجلد والمداد[أ]؛ لأنها هي المال لا ما تضمنه[ب] من المعاني، فإنها ليست بمال، وقد عرفت أن البيع إنما يكون لمال.

(أ) **قوله:** والمداد، أقول: في شرح ابن بهران: أنه إنما يتناول العقد الجلد والكاغد دون المداد، إذ هو مستهلك ودون الألفاظ المكتوبة ومعانيها، إذ هن أغراض، لكن الكتابة [1] صفة مقصودة فيرد المصحف ونحوه بما وجد فيه من الغلط والتصحيف إذا كان زائداً على المعتاد ينقص به القيمة.

(ب) **قوله:** لا ما تضمنه من المعاني، أقول: الأولى من الألفاظ لأنها هي التي يراد تعلمها لا أداء الصلاة، وإن لم تعرف معانيها والألفاظ أيضاً ليست بمال على أنه لا يخفى أن المقصود الأصلي من شراء المصحف بل الكتب كلها إنما هو الألفاظ الدالة عليها، لا نفس نقوش الكتابة ولكن لما كانت الألفاظ موجودة في نقوش الكتابة وهي أحد الوجودات الأربعة شرى الكاغد لحلول النقوش فيه، وأما الجلد وإن كان متصل به فله تنحيته، إذ ليس مقصوداً كالكاغد، وأما المداد فإنه آلة النقش وقد صار مستهلكاً فلا قيمة له، وأما معاني الألفاظ فهي كامنة فيها ككمون الألفاظ في النقوش.

هذا وقد عرفت أن المصنف يوجب الفاتحة وثلاث آيات في الصلاة، فهي التي يجب تعلمها، فكان صواب العبارة أن يقول: ككاغد فيه الفاتحة وثلاث آيات، عوض قوله كالمصحف.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٤٥ – ٥٤٦) :

المصحف هو آكد لتلاوة القرآن ، وأما تعلم ما يجب على الإنسان تعلمه فلا دخل للمصحف في ذلك لأنه يتعلم من المعلم كالفاتحة وسورة ، فإن العامي لو أخذ المصحف وأراد أن يتعلم ذلك لم يدر ما يقول ، حتى يتعلم ذلك مشافهة ، وأما ما روي عن بعض السلف من المنع عن بيع المصحف فليس عليه أثارة من علم ، وأي شراء أطيب من شراء من يستعمل تلك العين المشتراة في طاعة الله سبحانه ، كالمجاهد يشتري السيف ليقاتل به الكفار ، ويجاهد به في سبيل الله ، ومعلوم أن الجهاد أعظم فرائض الإسلام فلو كان بيع الشيء الذي يستعمله مشتريه في واجب غير جائز كما قال ذلك البعض لزم تحريم بيع ما يحتاجه المجاهد للجهاد وما يتجهز به للحج وما يلبسه حال الصلاة وما يتسحر به للصيام وما يُنفقه على من يجب عليه إنفاقه .

وقال القاضي العمراني في " البيان " (٥ / ٦٣) : ويجوز بيع المصاحف وكتب الحديث ، لما روى : أنه سئل ابن عباس عن بيع المصاحف ، فقال : لا بأس ، يأخذون أجور أيديهم " ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال .

وقال الصميري : قيل إن الثمن يتوجه إلى الدفتين ، لأن كلام الله لا يباع .

(**و**) كذا يجوز البيع (**من ذي اليد**) الثابتة على المبيع كالمستعير والمستأجر والغاصب والوديع والمرتهن (**و**) لكن (**لا يكون**) تلك اليد القديمة (**قبضاً**) بل لابد من تجديد القبض بنقل ما ينقل، والتصرف في غيره، (**إلا**) إذا جرى البيع (**في المضمون**) على ذي اليد.

قال المؤيد بالله [1] وأبو حنيفة[2]: بل وفي غير المضمون كالوديعة[أ] قلنا يد الأمين يد المالك، قالوا: قبل الشراء لا بعده، فمحل النزاع، قلنا: لو تلف قبل القبض لتلف من مال البايع، قالوا: محل النزاع بل من مال المشتري.

(أ) **قوله:** كالوديعة، أقول: الخلاف في الغيث للمؤيد وحده، والحاصل أن هنا ثلاث أيدي، يد الأمانة ويد الضمانة ويد العدوان، فالأولى تحتاج إلى تجديد قبض وخالف المؤيد، والثانية لا تحتاج إلى تجديد قبض[3]، قال المصنف عن الفقيه علي بلا خلاف، والثالثة كيد الغاصب والسارق، فقالوا: لا بد فيهما من تجديد قبض، دليل الأول: أن يد الأمين يد المالك، فلابد لمشتريها أي العين التي هي أمانة من قبض كالقبض للعين التي عند المالك بعد شرائها منه، قال المؤيد: إنما هي كيد مالكها إلى وقت البيع وهو معنى قول الشارح محل النزاع ولا خفاء في أن مجرد البيع لم ينقل العين عما كانت عليه فلا يكون قبضاً، استدلوا ثانياً بأنها لو تلفت قبل تجديد القبض تلفت من مال البايع؛ لأنها باقية في ملكه ولا تخرج عنه إلا بتجديد القبض.

أجاب الشارح: بأن ذلك لأن له حبس العين حتى يقبض الثمن، فالمسألة مفروضة في أعم من ذلك، وأما يد الغصب فهي يد إثم وضمان فلابد من نقلها إلى يد الملكية، هذا هو الفرق الذي به فرقوا به بين الأيدي الضامنة فتأمل.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٦ – ٣٠٧) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (١٢ / ٢٠ – ٢٢) .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٤٦) .

إذا قد حصل مناط البيع وهو التراضي المذكور في الكتاب العزيز صار ذلك المبيع ملكاً للمشتري ، وليس هذا من بيع البائع لما ليس عنده حتى يدخل في النهي المتقدم قريباً ، بل يد الأمين يد من ائتمنه ، ويكفي المشتري ما وقع =

قوله: (**غالباً**) قد احترز به عن المغصوب فرقاً بين ما ضمن مع الإذن باليد كالرهن، وبين ما ضمن لا معه كالغصب في أن اليد في الأول قبض لا في الثاني، ولا يستند إلى فارق صحيح لأن استصحاب[أ] اليد الأولى حاصل في الجميع، والمستصحب إنما يستصحب ما لم يعرض ما يوجب عدم الاستصحاب، وإلا لجاز استصحاب صحة الصلاة بالتيمم عند رؤية الماء فيها، كما ذهب إليه الشافعي [1]فيما تقدم على أن استصحاب صحة التيمم هناك إنما كان لعدم الدليل على كون رؤية الماء مفسدة للصحيح، والأمر هنا بالعكس، فإن التمليك مفسد للإيداع ونحوه، ورافع له، نعم يتجه اشتراط قبض ذي اليد في الفاسد لأنه إنما يملك بالقبض لا في الصحيح؛ لأن العقد كاف في الملك، وأما تلفه في يد البايع من ماله، فلأنه لما ثبت له قبضه حتى يستوفي [٤٦٩/٣] الثمن كان حكمه حكم الرهن.

(أ) **قوله:** لأن استصحاب اليد الأولى حاصل في الجميع، أقول: لا خفاء أن اليد الأولى في الغصب ليست يداً لمالك ولا مأمونة، بل يد عدوان، فكيف تستصحب؛ لأن العدوان قد زال بشراء الغاصب العين، فعادة اليد عليه للمالك فلابد للغاصب المشتري من قبض مستجد؛ لأن القبض الأول ليس بقبض مأذون فيه، فلا يتصور فيه استصحاب؛ لأن العدوان لا يستصحب، بل الواجب الخروج عنه، وأما إلزامه بمسالة صلاة المتيمم عند رؤية الماء فباطل؛ لأن مسألة الغصب ليست من الاستصحاب فتأمل [٤٦٩/٣].

= من التراضي فإنه قد سلطه بذلك على قبض العين التي لديه وأما إذا كانت العين في يد غاصب لها ممتنع من ردها فقد يندرج ذلك تحت بيع البائع لما ليس عنده ، فيدخل تحت النهي لأن الغاصب قد حال بينه وبينها باستيلائه عليها عدواناً ، فلا بد من قبضها منه ثم بيعها إليه .

والحاصل أن إيجاب تحديد القبض والفرق بين المضمون وغير المضمون من غرائب الرأي ، وعجائب الاجتهاد ، وليس ذلك بمستنكر من الجامدين على ما وجدوه في كتب الفروع .

(١) انظر : " المجموع شرح المهذب " (٢ / ٣٥٠ – ٣٥٣) .

(**و**) يصح بيع (**مؤجر**) أما من المستأجر فقد دخل في مسألة البيع من ذي اليـد (**و**) أما من غيره فلأن عقد الإجارة لم يتعلق بمتعلق البيع، ولهـذا (**لا تنفسخ**)[أ] بـه الإجارة الصحيحة لتغاير المتعلقين، وغاية الأمر أن يكون الإجارة عيباً إذا جهله المشـتري فسخ به البيع (**إلا**) أن الإجارة الصحيحة تنفسح بالبيع حين (**أن يباع لعذر**) مُحوِج إلى البيع لما سيأتي من أن الحاجة إلى ثمن المؤجر توجب للمؤجر الانفراد بفسخ الإجـارة الصحيحة، لكن لا حاجة إلى الفسخ مع صحة بيعها مؤجراً لتغاير متعلقي البيع والإجارة، إلا أن لا يمكن بيعه مع بقاء الإجارة فذلك عذر في فسخها (**أو**) حين أن يكـون بيـع المؤجر (**من المستأجر**) بشرط تجدد القبض بعد الشراء كما تقدم، وإلا كانت اليد يد الإجارة استصحاباً لها كما تقدم، وذلك معنى عدم الفسخ لجواز أن يكون الشراء رضـاً بعيب المبيع بالإجارة (**أو**) حين يعلم المستأجر بالبيع فيسـمح (**بإجازته**) لأن عقـد البائع فسخ من جهته وإجارة المستأجر فسخ من جهته، فهو تفاسخ بالتراضي.

(**و**) إذا لم تنفسخ الإجارة بالبيع فإن (**الأجرة**) حينئذٍ (**للمشتري من**) وقت (**العقد**) قالوا: لأنه قد ملك الرقبة والمنفعة، وفيه نظر؛ لأن البائع استحق الأجرة بالعقد واستهلك المنفعة به وغاية ما يلزم أنه استثنى بذلك منفعة المبيع مدة معلومـة، وذلـك لا يفسد البيع ولا يبقى للمشتري حقاً في المستثنى لما سيأتي من جواز استثناء الحق مطلقاً.

(**و**) يصح بيع (**مجهول العين**) نحو أن يقول: بعت منك شاة من هذه الغـنم بشرط أن يكون (**مخيراً فيه**) أي: في تعيين المبيع من تلك الغنم (**مدة معلومة**) بأن

(أ) **قوله**: ولا ينفسخ، أقول: قال الشارح: الإجارة الصحيحة بتغاير المتعلقين أي عقد البيـع وهـي العين، وعقد الإجارة وهي المنافع، ومعلوم أن هذا اختلاف لفظي، وإلا فمعلوم يقيناً أنه ليس المـراد من الأعيان إلا المنافع، فالمستأجر يريد الانتفاع بالعين والمشتري كذلك أيضاً، فكيف يشتري عينـاً مسلوبة المنافع، بل بعقد البيع انفسخت الإجارة بخروج المنافع عن ملك البـائع، فهـذا الـتغير في المتعلقين لا يبيح بقاء تلك المنافع ملكاً للبايع.

يقول ولك الخيار في تعيين أحدهما كذا يوماً، وقال الشافعي [1] لا يصح[أ] البيع سواءً شرط الخيار، كذلك أم لا لما في الجهالة حال البيع من الغرر، قلنا: يرفعه شرط الخيار.

وأجيب: بأن الغرر إنما يرتفع بالخيار في إمضاء البيع لا في تعين المبيع •

(**و**) يصح بيع (**ميراث**) أو غيره من غنيمة ونحوها (**عُلم جنساً**) كالغنم والحرث (**ونصيباً**) ربعاً أو سدساً ونحو ذلك، وإن جهلت كميات الغنم والحب وكيفياتهما مثلاً، أما لو جهل الجنس أو النصيب لم يصح، وقال المؤيد بالله [2] يكفي التعميم بنحو ما ورثته من فلان أو نصيبي من الغنيمة وإن لم يعلم الجنس ولا النصيب لنا أن جهلهما أو أحدهما غرر، وقد نهى عنه بحديث أبي هريرة عند مسلم [3] وأحمد[4] والترمذي[5] وأبي داود[6] والنسائي[7] ....

(أ) **قوله:** وقال الشافعي[1] لا يصح البيع، أقول: الشافعي منع بيع الغائب مطلقاً وهو أحد أقواله، واحتج له أصحابه بالنهي عن بيع الغرر ورد بأن بيع الغائب إذا وصف عن رؤية وخبرة ومعرفة فلا غرر فيه، قال ابن حزم[8]: مما يبطل قول الشافعي أنه لم يزل المسلمون يبايعون الضياع بالصفة، وهي في البلاد البعيدة ويستدلون بحديث "لا تبع ما ليس عندك"[9]، والغائب ليس عند البايع، ورد بأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي صاع، وعندي رقيق غائب وحاضر إذا كان كل ذلك ملكه، وإنما الذي ليس في المشتري الذي ليس في ملكه فقط.

---

(١) انظر مفصلاً في " البيان " للعمراني (٥ / ٨٠ – ٨٢)

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٣ – ٢٩٤) •

(٣) في صحيحه رقم (٤ / ١٥١٣) •

(٤) في " المسند " (٢ / ٣٧٦) •

(٥) في " السنن " رقم (١٢٣٠) •

(٦) في " السنن " رقم (٣٣٧٦) •

(٧) في " السنن " رقم (٤٥١٨) •

(٨) " المحلى " (٨ / ٣٩٨) •

(٩) تقدم وهو حديث صحيح •

وابن حبان[1] بلفظ: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة " [أ] وهو في الموطأ [2]من مراسيل ابن المسيب، وهو عند أحمد [3]وابن ماجة [4]من حديث ابن عباس، وفي الباب عن سهل بن سعد عند الدارقطني [5]والطبراني[6] وعن أنس عند أبي يعلى[7]، وعن علي عند أحمد [8]وأبي داود[9]، وعن عمران بن حصين عند ابن أبي عاصم[10]، ....

(أ) **قوله:** وعن بيع الحصاة، أقول: في "النهاية"[11] هو أن يقول البايع والمشتري: إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع، وقيل: هو أن يقول بعتك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذ رميت بها، أو بعتك من الأرض إلى حيث ينتهي حصاتك، والكل فاسد لأنه من بيوع الجاهلية، كلها غرر لما فيه من الجهالة، انتهى، فعطفه في الحديث من عطف الخاص على العام.

---

(١) في صحيحه رقم (٤٩٧٧) .

(٢) (٢ / ٦٦٤ رقم ٧٥) .

(٣) في " المسند " (١ / ٣٠٢) .

(٤) في " السنن " رقم (٢١٩٥) .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١٧١) هذا إسناد ضعيف لضعف أيوب بن عتبة قاضي اليمامة " . ولهذا الحديث شواهد منها حديث أبي هريرة ، وابن عمر وغيرهما وهو بهما صحيح .

(٥) عزاه إليه الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢) .

(٦) في " الكبير " (ج ٦ رقم (٥٨٩٩) وفي الأوسط رقم (٥٥١٥) وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ٨٠) وقال : رجاله رجال الصحيح خلا إسماعيل بن أبي الحكم الثقفي ، وثقه أبو حاتم ولم يتكلم فيه أحد " اهـ .

(٧) في " مسنده " رقم (٢٧٦٦) .

(٨) في " المسند " (١ / ١١٦) .

(٩) في " السنن " رقم (٣٣٨٢) .

(١٠) عزاه إليه الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢) .

(١١) " النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (١ / ٣٨٩) وانظر " الفائق " للزمخشري (١ / ٢٨٧) .

وعن ابن عمر عند ابن حبان [١] والبيهقي [٢] بإسناد حسن صحيح، قالوا: تفسير الغرر مختلف فيه، فقيل هو الخطر، وقيل التدليس والأول [أ] لا نزاع في صحته لحديث ابن عمر [٣] المقدم: " كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً " والجزاف خطر فيجب [ب] حمل الغرر على التدليس بإخفاء العيوب ونحوه، وما نحن فيه من المخاطرة لا من التدليس على

(أ) **قوله:** والأول لا نزاع فيه، أقول: أي ما علم جنساً ونصيباً، قال المصنف: الحجة أن الجهالة مع ذكر الجنس والنصيب قد ارتفعت، انتهى. وهذا داخل تحت بيع الجزاف، وقد ثبت جوازه، والجزاف بتثليث جيمه والكسر أصح، قال في "النهاية" [٤] هو بيع مجهول القدر مكيلاً كان أو موزوناً.

(ب) **قوله:** فيجب حمل الغرر على التدليس، أقول: في "النهاية " [٥] نهى عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، وقال الأزهري [٦]: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان في كل مجهول، انتهى، ولا يخفى أنه شامل للتدليس وغيره فلا وجه لقصره عليه بل الأولى أن يقال: خص بيع الجزاف لأنه قد علم جنسه دون قدره، وقوله: إن الغرر حاصل في الكم والكيف ممنوع في بيع الجزاف، فإنه معلوم الكيف، وتقرير الشارع لذلك دل على أنه لا ضير في جهل الكم، ويدل له ما عند مسلم [٧] من حديث جابر قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر " ، قال ابن تيمية: إنه يدل بمفهومه على أنه لو باعها بغير جنس التمر لجاز.

---

(١) في صحيحه رقم (٤٩٥١) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٨) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٦٣) .

(٥) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٢٩٨) .

(٦) في " تهذيب اللغة " (١٦ / ٨٣) .

(٧) في صحيحه رقم (٤٢ / ١٥٣٠) .

أن الغرر حاصل في الكم والكيف، وإن انتفى في الجنس والقدر، فكان يجب أن لا يصح مع جهل الكم والكيف، وقد صح اتفاقاً.

قلت: قد ذكر الأمير في "التقرير "[١]: أنه لابد في بيع الجزاف من مشاهدة المبيع، قال وهو ظاهر قول أبي طالب وأبي العباس، فعلى هذا لا يصح بيع الميراث المذكور إلا بشرط المشاهدة.

كما هو ظاهر[أ] حديث ابن عمر في الجزاف، ويشهد بذلك حديث أبي هريرة [٢] عند أبي داود، وحديث أبي سعيد [٣]عند الترمذي، وقال [حديث][٤] حسن غريب أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم " نهى عن بيع الغنيمة قبل القسمة " ولكنه يعكر عليه

(أ) **قوله:** كما هو ظاهر حديث ابن عمر، أقول: ليس في حديث ابن عمر ظهور على المشاهدة، بل عبارته أعم من ذلك، نعم، الأصل أنه لا يشتري الجزاف حتى تُعلم عينه إلا أنه لا يستلزم رؤية المبيع كله، وفي "المنهاج "[٥]للنووي، ويكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه كظاهر الصبرة؛ لأن الغالب فيها عدم الاختلاف، انتهى، وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فلا شهادة فيه على شرط المشاهدة؛ لأنه نهى عن بيع الغنيمة قبل قسمتها ولو شوهدت، بل الظاهر أن النهي عن بيعها قبل القسمة لأنه لا استقرار للملك فيها لجواز تصرف الإمام في بعضها ونحوه، فليس كاستقرار النصيب

---

(١) " التقرير في شرح التحرير " تأليف : الأمير الحسين بن محمد بدر الدين الحسني (٦٦٢ هـ) انظر " مؤلفات الزيدية (١ / ٣٢٠ رقم ٩١٦) .

(٢) أخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٣٦٦٩) بسند ضعيف لجهالة الراوي عن أبي هريرة – رضي الله عنه – لكن الحديث حسن لغيره .

(٣) أخرجه أحمد (٣ / ٤٢) وابن ماجه رقم رقم (٢١٩٦) والترمذي رقم (١٥٦٣) .

وقال ابن حزم في " المحلى " (٨ / ٣٩٠) عقب الحديث : " جهضم ومحمد بن إبراهيم ومحمد بن زيد العبدي مجهولون وشهر متروك "

وأعله ابن أبي حاتم في " العلل "(١ / ٣٧٣ رقم ١١٠٨) عن أبيه بابن إبراهيم هذا فقال : "شيخ مجهول " وهو حديث ضعيف والله أعلم .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) (٤ / ٤٣ – مع النجم الوهاج) .

تصحيح بيع الغائب ولا مخلص من هذه الإشكالات إلا بحمل مناهي البيع غير الربا على الكراهة[أ] كما حمل الأمر بالإشهاد فيه على الندب، ونهي الكراهة لا يقتضي الفساد.

من الميراث، ولو تم الدليل على شرطية المشاهدة لما عكر عليه بيع الغائب لأنه يخص من العموم بدليله.

(أ) **قوله:** على الكراهة، أقول: الأصل في النهي التحريم كما علم في "الأصول"[1]، وأنه يدل على الفساد كما قررنا فيما سلف في الجزء الأول، والعدول عن الأصل لا وجه له، ويأتيك ما لا يتم معه الحمل عليها، وأما حمل الأمر بالإشهاد على الندب مع كونه الآية ظاهرة في الوجوب ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[2] فإنه صرفه ما ثبت عند أحمد وأبي داود والنسائي مع أنه صلى الله عليه وآله وسلم شرى فرساً ولم يشهد عليه، ثم أنكر البائع أنه صلى الله عليه وآله وسلم شرى وقال: هلم شهيداً فشهد خزيمة له، وجعل شهادته كشهادة رجلين .

وأوجب الإشهاد الظاهرية للآية، قال ابن حزم [3]في الآية أوامر مغلظة مؤكدة لا يحتمل تأويلاً أمر الكتابة في المداينة إلى أجل مسمى، وبالإشهاد في ذلك وفي التجارة المداراة كما أمر الشهداء أن لا يأبوا أمراً مسنوناً، فمن أين صار عند هؤلاء أحد الأوامر فرضاً والأخر هملاً، ثم ذكر القائلين بوجوب الإشهاد من السلف، ثم قال: والقول بأن الأمر للندب باطل إلا ببرهان، لأن معنى الندب إن شئت فافعل وإن شئت فلا تفعل، قال: ولا يفهم من اللغة افعل لا تفعل إن شئت إلا ببرهان وأطال في الاستدلال، ثم ذكر حديث ابتياعه صلى الله عليه وآله وسلم الفرس، وأجاب بجوابين.[4]

الأول: أن في روايته عمارة بن خزيمة وهو مجهول .

والثاني: أنه لا يكون الإشهاد إلا بعد نفوذ البيع والتفرق بالأبدان، والنبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن قد سلم إليه الثمن ولا نفذ البيع، وليس في الخبر أنه صلى الله عليه وآله وسلم ترك الإشهاد بعد تمام البيع، وهو قادر عليه .

---

(١) وهو مذهب الجمهور انظر :"تيسير التحرير "(١/ ٣٧٥ " اللمع "(ص ١٤) " إرشاد الفحول " (ص ٣٨٤ – ٣٨٥) بتحقيقي.

(٢) [سورة البقرة : ٢٨٢] .

(٣) في " المحلى " (٨ / ٣٤٥) .

(٤) انظر : " المحلى " (٨ / ٣٤٧ – ٣٤٨) .

(و) يصح بيع (نصيب من زرع) بشرط أن يكون (قد استحصد) زيـادة السين مبالغة في الحصد كأنه قد طلب الحصد، وقال [٤٧٠/٣] زيد والمؤيـد والإمـام يحيى[١] والفريقان [٢]وإن لم يحصد أيضاً، لنا حديث أنس" نهى عن بيع الحب حتى يشتد " ، أحمد[٣] وأبو داود[٤] والترمذي[٥] وابن حبان[٦] والحاكم[٧] وغيره، وعندهم أيضـاً مـن حديث: " نُهي عن بيع العنب حتى يسود " وصححه الحاكم، وإن كان الترمذي [٨]قـال قد تفرد به حماد عن حميد، وسيأتي تحقيقه في بيع الثمار إن شاء الله تعالى.

(وإلا) يكن قد احصد (فمن الشريك) يصح بيعه (فقط) لأن البيع إنما يصح بشرط القطع، والقطع إنما يكون عند القسمة، والقسمة لا تكون إلا عند الحصاد، فـإذا كان البيع من الشريك زال المانع المذكور لعدم الحاجة إلى القسمة، إلا أن القياس صـحته من غير الشريك، وله خيار تعذر التسليم على أن زوال المانع القسمة لا يزيل مانع النهي

على أن وجوب الإشهاد إنما عرف من نزول الآية، فمن أين لهم أن حديث ابتياع الفرس بعد نزولها، ثم قال: إن من ترك الإشهاد فقد عصى الله، والبيع تام فإنه ما أمر الله [تعالى] [٩]بالإشهاد إلا بعـد تمام البيع [٤٧٠/٣].

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٥٢ – ٢٥٣) " شرح فتح القدير " (٦ / ٢٦٤) .

(٣) في " المسند " (٣ / ٢٢١ / ٢٥٠) .

(٤) في " السنن " رقم (٣٣٧١) .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٢٨) .

(٦) في صحيحه رقم (٤٩٩٣) .

(٧) في " المستدرك " (٢ / ١٩) وهو حديث صحيح .

(٨) في " السنن " (٣ / ٥٣٠) حيث قال : هذا حديث حسن غريب ، لا نعرفه مرفوعاً إلا من حـديث حمـاد بـن سلمة .

(٩) زيادة من نسخة أخرى .

عن بيع الحب حتى يشتد فإنه عام[أ] للبيع من الشريك ومن غيره، فهذا رجوع إلى قول زيد والمؤيد بجواز البيع قبل الصلاح.

(**قيل و**) يصح بيع أصل كل (**كَامِنٍ**) [1]حتى (**يدل فرعه عليه**)[ب] كالبقل والثوم والجزر، وأشار المصنف بلفظ القيل إلى ضعفه لما فيه من الجهالة.

(أ) **قوله:** فإنه عام للبيع من الشريك وغيره، أقول: يدل له تعليله صلى الله عليه وآله وسلم كما في حديث أنس: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الثمر حتى تزهي وما تزهي؟ قال: تحمر، وقال: إذا منع الله الثمرة بم تستحق مال أخيك " أخرجه الشيخان[2].

(ب) **قال:** وكامن يدل فرعه عليه، أقول: قال ابن القيم [3]ليس من بيع الغرر والمغيبات في الأرض كاللِّفت والجزر والفجل ونحوها، فإنها معلومة بالعادة يعرفها أهل الخبرة، وظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصبرة مع باطنها، ولو قدر أن في ذلك ضرراً فهو غرر يسير يغتفر في جنب المصلحة العامة التي لابد للناس منها، ثم إنه جعل ابن القيم المعدوم ثلاثة أقسام كما قدمناه.

قال: والثاني معدوم تبع الموجود ولو كان أكثر منه وهو نوعان: نوع متفق عليه، ونوع مختلف فيه، فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها، كما اتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدة منه، وإن كان بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود، وقد يكون المعدوم متصلاً بالموجود، وقد يكون أعياناً أخر منفصلة عن الموجود ولم تخلق بعد، والنوع المختلف فيه بيع المقاثي •

والمباطح إذا طابت فهذه فيها قولان: أحدهما أن يجوز بيعها جملة ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء

---

(١) إن كانت هذه الدلالة بحيث تتميز عند البائع والمشتري ، ويعرفان كيفيته وكميته كان ذلك خارجاً عن بيع الغرر المنهي عنه ، وإن كانت هذه الدلالة قاصرة عن ذلك فلا يحل بيعه حتى يخرج ذلك الكامن من الأرض ، ويحصل الاطلاع عليه ومعرفته بالكنه ، ومن جوز ذلك مستدلا بما جرت عليه عادة الناس فلم يصب ، فإن ذلك لا يصلح لتخصيص الأدلة •

" السيل الجرار " (٢ / ٥٥١) •

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٢٠٨) ومسلم رقم (١٥ ، ١٦ / ١٥٥٥) •

(٣) في " زاد المعاد " (٥ / ٧١٦ – ٧١٧) •

قلت: لكن لا يبقى للجهالة أثر في منع البيع بعد تصحيح بيع الغائب والقياس عليه، وغاية ما يلزم خيار الرؤية.

(**و**) يصح بيع (**ملصق**) بغيره (**كالفص**) الملصق بالخاتم (**ونحوه وإن تضرراً**) يعني الملصق، والملصق به لعموم وأحل البيع وحرم الربا ولم يفصل، واحترز بقوله: (**غالباً**) من بيع الصوف اللاصق بالحيوان فإنه سيأتي تحقيق عدم صحته (**و**) لكن بائع الملصق ومشتريه (**يخيران قبل الفصل**) لا بعده وما أدري عن هذا الخيار من أي أنواع الخيارات الآتية هو وقد قال الإمام يحيى[1]: لا خيار إلا للتضرر، لحديث: " لا ضرر ولا ضرار "[2] على أنه مستلزم لثبوت الخيار مع الغبن الذي لم يجهل أيضاً لما فيه من الضرر، وذلك مؤد إلى عدم الثقة بعقد بيع رأساً.

(**و**) يصح بيع (**صبرة**) لا تستلزم الربا كالطعام بالطعام، لحديث جابر عند النسائي [3] ومسلم [4] والحاكم[5]: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع

كما جرت به العادة، ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، وهذا هو الصحيح من القولين الذي استمر عليه عمل الأمة، ولا غناء لهم عنه ولم يأت بالمنع عنه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا أثر ولا قياس صحيح، وهو مذهب مالك وأهل المدينة وأحد قولين في مذهب أحمد، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، انتهى.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٧ – ٣٢٨) .

(٢) تقدم تخريجه مراراً .

(٣) في " السنن " رقم (٤٥٤٨) .

(٤) في صحيحه رقم (١٥٣٠) وقد تقدم .

(٥) في " المستدرك " (٢ / ٣٨)

قال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٩) ووهم الحاكم فاستدركه

الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر " ولفظ النسائي من الطعام بالصبرة من الطعام

(**من مقدر كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً مستو أو مختلف**) أشخاص ذلك المقدر، وبيع الصبرة أنواع أيضاً، لأنه يكون بيع الصبرة (**جزافاً**) أي: معلقاً بجملة الصبرة المجهولة المقدار، فيصح لحديث ابن عمر [1]المقدم في ابتياعهم الطعام جزافاً، وقيس عليه الموزون[أ] والمعدود والمذروع بجامع المقدارية، لكنه إنما يصح بشرطين يكون البائع (**غير مستثن**) لعدد من مقاديرها معين لأن بيعها إنما يصح للعلم[ب] بها بالمشاهدة جملة، ومع الاستثناء لمقدار منها لا يبقى علم بجملة المبيع ولا بتفصيله (**إلا**) أن يستثني جزءاً (**مشاعاً**) منها نحو ربعها ثلثها صح بيع ما بقي لبقاء العلم بالمبيع جملة.

(أ) **قولـه:** وقيس عليه الموزون.. إلخ، أقول: يتأمل في صحة القياس فإن بيع الجزاف ربما يُدّعى أنه على خلاف القياس، فلا يقاس عليه وعلى تسليم أنه جارٍ على القياس، فكون العلة المقدارية لا دليل عليه فالأولى الاقتصار على ما ورد به النص وهو الطعام جزافاً لا غيره في المكيل فقط.

(ب) **قولـه:** للعلم بها بالمشاهدة، أقول: هذا بناء على ما قدمه من شرطية المشاهدة، وأما المصنف فعلله في الغيث بأنه إذا استثنى جزءاً غير مشاع ولا مذكور الخيار فيه مدة معلومة كان المبيع غير معلوم، ولا جملة ولا تفصيلاً وفي "الأثمار"، وزاد بعد لفظ جزافاً حاضرة، وفي شرح ابن بهران: أن بيع الصبرة على ما ذكر يصح بشرط أن يكون تلك الجملة حاضرة مشاهدة أو في حكم المشاهدة كالذي في ظرف حاضر، فإن لم يكن حاضرة ولا في حكمها كالحب الذي في مدفنه أو بيته ولا يعلم قدره فإن بيعه لا يصح عند أبي العباس وأبي طالب وهو المذهب، خلافاً للمؤيد والقاضي زيد [2]وأبي مضر فقالوا: يصح إن علم جنسه لا إن جَهَل، والشارح جمع بين العلتين، حيث قال: ومع الاستثناء.. إلخ.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) انظر : " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٧ – ٣٢٨) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٨٠ – ٨١) .

وأما قوله: (**أو مختاراً**) بمعنى أنه يصح أن يستثنى عدداً يختاره فمبني على أن الاستثناء إنما لم يصح للتشاجر في تعين المستثنى، فإذا قيد بأن يكون مختاراً ذهب التشاجر الموجب للجهالة، ولكن هذه علة لا توجد في المستوي وإنما توجد[أ] فيه العلة التي ذكرناها (**أو**) يكون بيع الصبرة بلفظ: (**كل كذا بكذا**) [1]نحو أن يقول: بعت منك هذه الصبرة كل مد منها بدرهم، لكن يكون ثمن الجملة مجهولاً وهي المبيع، لأن كل كذا بكذا بدل من الصبرة، والبدل هو المقصود بالنسبة دون المبدل منه، كما علم، فلهذا قال أبو حنيفة[2]: لا يصح للاتفاق على أنه لو قال: بعت منك كل مد بدرهم لكان بيعاً مع جهل[ب] المبيع والثمن.

(أ) **قوله:** وإنما توجد فيه العلة التي ذكرنا، أقول: قال المصنف أما مع استثناء المشاع والمخير فيه مدة معلومة فإنه يكون معلوماً جملة، وقد قيد في المستثنى المخير فيه بكونه قدراً معلوماً، ومثله بأن يقول: بعت منك هذا الرمان إلا ثلاثاً منه، اختارها في ثلاثة أيام، وبهذا تعرف أن العلة في المشاع والمخير واحدة وهو أن الاستثناء على أي هاتين الكيفيتين لا تؤثر جهالة في المبيع فيصح، ومثل تعليل المصنف علل به ابن بهران في الصورتين معاً لا بما ذكره الشارح من دفع التشاجر على أنه لا ضير في تعليل أحد الحكمين بعلة كما ذكره والآخر بغيرها، واعلم أنه أسقط الشارح من كلام المصنف مدة معلومة وتقدم في المثال.

(ب) **قوله:** مع جهل المبيع والثمن، أقول: أي مقدارهما جملة وتفصيلاً، وإلا فقد عُلم العلم الجملي بهما، فعلى هذا لابد عند أبي حنيفة[2] أن يكون المبيع والثمن معلومين تفصيلاً، فنرد عليه: أنه لا

---

(١) فإن كان وقوع ذلك يرفع من مطلق الجهالة شيئاً فهو وإن كان بيع جزاف لكنه قد توصل إلى تفصيله من وجه ، والتخيير لمعرفة مقدار الثمن صحيح ، لأنه عند هذا التفصيل جهل المشتري ، ما يلزمه من الثمن ، وأما الصورة الثانية والثالثة فالأولى عدم الحكم بالفساد مع الزيادة والنقص بل مجرد إثبات الخيار يكفي كالصورة الأولى ، وبهذا تعرف عدم الحاجة إلى الكلام على بقية ما في هذا الفصل فإن ما ذكرناه يُبصِّرك بما ينبغي أن يقال في كل ذلك . " السيل الجرار " (٢ / ٥٥٢) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٤٣ – ١٤٤) .

وأجيب: بأن جهالة المبيع مبنية على أن المبدل منه ساقط وهم وإن قالوا بأنه في حكم الساقط فلم يريدوا سقوطه من كل وجه، وإلا لما بقي(أ) مرجع للضمير، وقد منع قولهم نجم الأئمة وغيره من المحققين ولو سلم(ب)، فذلك مختص ببدل الاشتمال والبعض والغلط، وأما بدل الكل فهو عطف بيان، والمقصود بالنسبة هو المتبوع.

وأما لزوم جهالة الثمن (**فيخير**) المشتري (**لمعرفة قدر الثمن**) أي وقت معرفة قدره، قال المصنف كما يخير في المرابحة لمعرفة قدره، إلا أن [٣/٤٧١] الخيار في المرابحة إنما ثبت للخيانة لأنه غرر تدليس، وكلامنا في غرر الخطر، وأظهر من ذلك القياس على خيار المشتري للغائب عند رؤيته ولهذا قيل أنه يثبت للمشتري هنا خيار معرفة قدر المبيع أيضاً، على أن المصنف قد أثبت هذا الخيار للبائع عند جهله مقدار الصبرة، وعلم المشتري كما سيأتي في الخيارات، قال: ولا يجدون إلى الفرق بينهما سبيلاً.

يصح بيع الجزاف إلا أن يقال: إذا حصل العلم التفصيلي بالثمن اغتفرت جهالة تفصيل المبيع، وأما هنا فَجُهلا جميعاً.

(أ) **قوله:** وإلا لما بقي مرجعاً للضمير، أقول: هذه أحكام لفظية لا دخل لها في المعنى الذي تعلق به الحكم، فإنه لا يخفى أنه لم يقع العقد إلا على كل مد بدرهم، ولذا ثبت له الخيار، وأما أن نجم الأئمة خالف النحاة، فنعم فإنه لم يثبت ما أثبتوه من بدل الكل من الكل، وجعلهم عطف البيان قسماً آخر، بل جعلهما قسماً واحداً هما عنده بدل الكل من الكل، ولا يقول لأن الأول في حكم الساقط، بل جعل فائدته الإبهام أولاً والإيضاح ثانياً، وكلامه الحق.

(ب) **قوله:** ولو سلم ذلك لا أدري اسم الإشارة ما أراد به هل إذا سلم أنه في حكم الساقط هذا لا يصح لقوله ففي بدل الاشتمال والغلط والبعض، فإن الأولين ليس في حكم الساقط، ولا قاله النحاة، فإن هما مرجع الضمير اتفاقاً إذا قلت سلبت زيداً ثوبه أو قطعت زيداً يده، والشارح في شرحه على الكافية قرر ذلك، بل اختار أنهما عطف بيان كما بينه هنالك.

وأما قوله: والغلط، فإنه ليس الأول فيه في حكم الساقط، بل هو ساقط حقيقة وغير مقصود لا لفظه ولا معناه فتأمل [٣/٤٧١].

قلت: وهو كما قال، والحق أن لا خيار في بيع الخطر[أ] كله لحصول الرضى بالخطر كالرضى بالعيب.

وأما وضع الجوائح[ب] في بيع الثمار على الشجرة فليس من الخيار، بل من عدم القبض الموجب لتلف المبيع من مال البائع، وإنما الخيار في غرر التدليس لأنه خيانة، فلهذا يثبت به الخيار في المرابحة والمصراة وغير ذلك، وسيأتي تحقيقه في الخيارات إن شاء الله تعالى.

(أ) **قولـه:** أن لا خيار في بيع الخضر، أقول: أخرج البخاري[1] من حديث أنس أنه نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع المخاضرة، قال البيهقي[2]: قال أبو عبيد[3]: المخاضرة أن تباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وهي خضر بعد ويدخل في المخاضرة أيضاً بيع البقول والرطب وأشباههما، انتهى.
قلت: وإذا نهي عنه لم يصح بيعه.

(ب) **قولـه:** وأما وضع الجوائح، أقول: جواب ما يقال أن وضع الجوائح الثابت من حديث جابر عند مسلم [4]وأبي داود[5] والنسائي[6] قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بما تأخذ مال أخيك بغير حق " يدل على ثبوت الخيار للمشتري جزافاً، فإن بيع الثمر على الشجر مجهول المقدار فقال الشارح: إنه من تلف المبيع قبل قبضه وفيه تأمل، فإن الحديث لم يقيده بذلك بل ظاهره ولو أصابته وقد قبضه المشتري.

---

(١) في " صحيحه رقم (٢٢٠٧) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٩٨) .

(٣) في الغريبين في القرآن والحديث (٢ / ٥٦٥) .

(٤) في صحيحه رقم (١٤ / ١٥٥٤) .

(٥) في " السنن " رقم (٣٤٧٠) .

(٦) في " السنن " رقم (٤٥٢٧) .
وهو حديث صحيح .

(**أو**) يكون بيع المجموع من الصبرة (**على أنه مائة بكذا أو**) على أنه (**مائة كل كذا بكذا**) قالوا: ويثبت للمشتري خيار الرؤية في المختلف، وهو خيار معرفة المبيع، وقد عرفت ما هو الحق في مثله كما تقدم .

(**فإن زاد**) المقدار (**أو نقص**)[أ] عن المائة التي وقعت وصفاً للمبيع (**في**) الصورتين (**الأخريين فسد**) البيع (**في المختلف**) الكيفية (**مطلقاً**) أي: من أي المقادير كان بزيادة أو نقصان، لكن قال المصنف[ب] في "البحر"[1] لا يفسد في الزيادة بل

(أ) **قوله:** عن المائة التي وقعت وصفاً للمبيع، أقول: في العبارة تسامح؛ لأن الوصف مجموع الجار والمجرور، أعني: على أنه مائة ثم لا يخفى أنه ليس بوصف نحوي؛ لأن الصبرة معرفة باللام وهو للعهد الخارجي؛ لأن الصبرة معينة مشاهدة، فهي مثل أغلق الباب والظرف إنما يوصف به النكرات، فهو هنا حال، والحال كالوصف في المعنى؛ لأن الكل قيد فالبيع مقيد والعقد وقع على مقيد، فإذا انتفى القيد بزيادة أو نقصان انتفى المقيد وهو بيع الصبرة فيبطل البيع، فإنه نظير قوله: بعتك هذا العبد حبشياً، فإذا انتفى كونه حبشياً بطل العقد لأن العقد لم يقع على مطلق بل على مقيد، فهو المبيع والقيد والمقيد كلام واحد لا يثبت الحكم لأحدهما بدون الآخر، ولا فرق بين مختلف ومتفق، وبين الزيادة والنقصان على أن في كون هاتين الصورتين من بيع الجزاف تأملاً، لأن الجزاف المجهول القدر كما في "النهاية"[2]، والمراد جهل المشتري لقدره، وهنا لا جهالة، فإنه إنما وقع هذا في بيع الجزاف جزافاً في البحث، وأمضت عليه القرون الأولى وحديث: " كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً " [3] لا يدخل فيه هاتان الصورتان، وهو دليل المسألة.

(ب) **قوله:** قال المصنف في "البحر"[4] أنه لا يفسد في الزيادة، أقول: [يريد][5] ما في الأزهار موافق لما في البحر، حيث قال: فإن زادت الصبرة أو نقصت عن القدر المشروط فسد في المختلف مطلقاً لا في المستوى، ثم نقل عن الإمام يحيى أنه استقوى قول أبي حنيفة أنه في النقص يؤخذ بحصته،

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٧) .

(٢) (١ / ٢٦٣) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٧ – ٣٢٨) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

ما زاد فللبائع إذ لم يدخل في العقد ولم يفرق في ذلك بين المختلف وغيره، ولا بين الصورتين.

وقوله: بعدم الفساد حق، وأما أن الزيادة للبائع فسهو؛ لأن البيع قد علق بجملة الصبرة، وإنما قوله على أنها مائة وصف للمبيع كعلى أن الأرض تغل كذا في الماضي، ومثله لا يقتضي الجهالة حتى يثبت الفساد ولا يقتضي استحقاق البائع لما زاد كما لا يستحق زيادة الغلة، نعم لو أراد بقوله على أنها مائة كونه شرطاً للبيع لا وصفاً للمبيع لكان بطلان العقد لعدم الشرط الحالي، لا للجهالة في البيع، ولا في المبيع، لكنه لا يبقى للفرق بين المختلف والمتفق والزيادة والنقص وجه.

(***و***) أما إذا كانت الزيادة والنقص (***في غيره***) أي: غير المختلف فالزيادة على كلام المصنف للبائع، وعلى ما فصلناه لك للمشتري، وأما النقص فإنه (***يخير***) المشتري (***في النقص بين الفسخ***) لانكشاف خلاف الوصف (***و***) بين (***الأخذ***) للموجود (***بالحصة***) من الثمن لكن لا وجه لاستحقاقه الأخذ بالحصة إلا في الصورة الثانية لظهور تقسيط القيمة، لا في الأولى لأن جملة الثمن لجملة الصبرة، ولهذا قال: (***إلا المذروع***) إذا نقص (***في***) الصورة (***الأولى فبالكل***) يأخذ الموجود الناقص (***إن***

والشارح نقل هذا من مسألة متقدمة مطلقة عن التفرقة، وفي شرح الأثمار تعليل فساد العقد في صورتي الاختلاف المذكور، أنه إذا زاد تشاجراً هل يرد الزائد من الصغار أو من الكبار، وإن نقص تشاجرا هل ينقص ثمن النقص من الصغار أو من الكبار.

شاء) ولا فسخ[أ] لما عرفناك من أن الثمن للموصوف لا للوصف، وتخصيص المذروع لذلك تخصيص[ب] بلا مخصص هذا في نقص غير المختلف.

(***و***) أما (***في الزيادة***)[1] فيه على الوصف فإنه يجب على المشتري (***ردها***) للبائع لقول المصنف: أنها لم تدخل في العقد، وقد عرفت ضعف قوله بكون الثمن للموصوف وهو الجملة لا للوصف ولولا ذلك لما صح قوله: (***إلا***) الزيادة في

(أ) **قوله:** ولا فسخ، أقول: هذا نُسخ الضوء، وصوابه وإلا فُسخ إذ هو مفهوم إن شاء، وعبارة المصنف في الغيث إن شاء المشتري أخذه وإن شاء فسخه، وقد وجد في نسخة من الضوء على الصواب.

(ب) **قوله:** تخصيص بلا مخصص، أقول: في "الغيث "عن أبي مضر[2] أن المذروع كالموزون يأخذه بحصته، قال المصنف رداً عليه، لنا إن النقص في المذروع ليس نقص صفة؛ لأن وصفه إنما هو بالكبر والصغر، وكبر الأرض ونحوها يزيد في قيمتها بخلاف زيادة المكيل والموزون ونقصانه، فإنه نقصان قدر أو صفة كالحمرة ونحوها؛ ولأن الزيادة تؤخذ بغير شيء، فكما يأخذها بغير زيادة في الثمن، كذلك مع النقصان لا ينقص لأجلها شيء، كما لا يزيد لأجلها شيئاً، انتهى.

قلت: قول المصنف أنه إذا قال بعتك هذا الثوب على أنه مائة ذراع بمائة درهم، فبيع الثوب مقيد بكونه مائة ذراع فنقصه في الذرع نقص صفة وقع العقد عليها فلا فرق بينها وبين بعتك هذه الصبرة على أنها مائة صاع.

وأما قوله: إنما يوصف المذكور بالكبر والصغر حصر باطل، بل يوصف بالرقة والخشونة وبأنه مائة ذراع، والصفات والأحوال قيود للموصوف الذي عقد البيع عليه، فإذا فقد القيد بطل البيع فلا فرق بين مذروع ومكيل وموزون، فالصواب مع أبي مضر، ويا عجباه كيف يقال: إنها تؤخذ بغير شيء أي مال يحل كذلك.

---

(١) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٨٧ – ٨٨) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٨٦ – ٨٨) .

(***المذروع فيأخذها بلا شيء في الأولى و***) أما أخذها (***بحصتها في الثانية***) فلظهور تقسيط القيمة على الحصص كما تقدم، فيكون مخيراً بين أن يأخذها بالحصة (***أو يفسخ***) لفوات وصف المبيع (***و***) يصح بيع (***بعض صبرة***) سواء كان ذلك البعض جزءاً (***مشاعاً***) نحو ثلثها[أ] ربعها (***أو مقدراً***) نحو مدين منها أو ذراعين أو رطلين أو رمانتين، لكن إنما يصح في المقدار إذا (***ميز في المختلف***) قبل البيع ولا حاجة إلى قوله: (***وعينت جهته في مختلف المذروع***) لأن ذلك تمييز، إلا أن البيع مع التمييز لا يكون بيعاً لبعض الصبرة، إذ المراد بالبعض إذا أطلق هو المبهم لا المميز لما عرف في علم المنطق من الفرق[ب] بين الجزئية والشخصية (***وكذا إن شرط الخيار***) أي: شرط

(أ) **قوله:** نحو ثلثها ربعها، أقول: في "البحر "[1]أن داود يخالف فيما إذا قال: بعتك من هذه الصبرة عشرة أمداد، قال: إذ هو في التحقيق بيع ما في الذمة فيكون كالمعدوم .

قلنا: بل باع قدراً معلوماً من موجود، فيصح كلو باع نصفها أو ثلثها، ولا يخفى أنه لا فرق بين ما خالف فيه داود ولا بين ما أقاس المصنف عليه كما قال في المنار: فإن الكل في الذمة إذ الموجود الخارجي ليس عين المبيع، فإنه لم يقع البيع على أمر خارجي، بل على مطلق لا يوجد في الخارج! لكنه إذا عين ما يصدق عليه صار خارجياً ولهذا شبهها المصنف بنصفها أو ثلثها وكأنه متفق عليه، مع أن له ذلك المشرب لأن المبيع مطلق يصدق على أي جزء منضماً إلى أجزاء أخر يصير المجموع ثلثاً أو نصفاً فهو كبيع ما في الذمة.

(ب) **قوله:** من الفرق بين الجزئية والشخصية، أقول: الجزئية الحكم على موضوع تثبت [2]كمية أجزائه بالبعضية والشخصية ما كان الموضوع فيها شخصاً، فبعض الصبرة مبهم كما علله بأن البعض إذا أطلق هو المبهم، يقال عليه ومتى أطلق البعض هنا حتى يكون مبهماً، فقد قيده بقوله: جزءاً مشاعاً، ومثله الشارح نفسه، والمصنف أيضاً بأن يقول: ثلثها ربعها ولا ريب أن إضافتها إلى ضمير الصبرة المعينة، فإذا قلت: شريت ثلث هذه الصبرة أو قلت ثلث هذه الصبرة لي فإنها أقرب إلى أن يكون قضية شخصية، والعجب من الشارح وعدم تحقيقه لما مثل به **[٣/٤٧٢]**.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٨) .

(٢) انظر : " السيل الجرار " (٢ / ٥٥٢) وقد تقدم نصه .

لأحدهما أن يختار ذلك القدر، ويميزه في (**مدة معلومة**) كل ذلك حذراً من الجهالة المستلزمة للتشاجر عند التمييز (**لا**) لو قال بعتك [٤٧٢/٣] (**منها كذا**) مقداراً (**بكذا**) درهماً فإنه يفسد البيع (**إن نقصت**) لاشتماله على بيع ما ليس عنده لا إن وفّت (**أو**) قال بعتك منها (**كل كذا**) مقداراً (**بكذا**) درهماً (**مطلقاً**) سواءً كانت مستوية الأشخاص أو مختلفتها شرط التخيير فيه أو لم يشرط (**فيفسد**) لجهالة المبيع حيث لم يعلق بمقدار معلوم بجملتها (**و**) إذا تعلق البيع بجملة أرض فإنه يشترط في صحة بيعها إن (**تعين**) تلك (**الأرض بما يميزها من إشارة أوحدٍ**)[1] إن كفى واحد وإلا فلابد من حدود جهاتها الأربع (**أو لقب**) لها مشهورة به.

(**فصل**)

(**فيما**[أ] **لا يجوز بيعه من الأعيان**) (**و**) (**هذا هو المهم**) كما عرفناك سابقاً (**لا يجوز مطلقاً بيع الحر**) قال المصنف إجماعاً لقول علي كرم الله وجهه[2]:

(أ) **فصل: ولا يجوز بيع الحر**، أقول: أما ما أخرجه الطبراني في "الكبير"[3] و[في][4] غيره قال الحافظ المنذري وحسن بعض مشايخنا إسناده، وفيه بعد من حديث أبي أمامة " أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ألا أدلكم على الخضر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، فحدثهم فيه حديثاً طويلاً فيه قصة، وفيه أن رجلاً سأل الخضر بالله أن يتصدق عليه، فقال: ما عندي من شيء أعطيكه إلا أن تأخذني فتبيعني فباعه بأربعمائة درهم.. الحديث " فإن صح حمل على جواز ذلك في تلك الشريعة، أو على نحوه من التأويلات .

---

(١) " شرح الأزهار " (٦ / ٩٢) .

(٢) الأولى قوله رضي الله عنه .

(٣) (ج ٨ رقم ٧٥٣٠) .

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٨ / ٢١٣) وقال رجاله موثوقون إلا بقية مدلس .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

ليس على حر ملكه وهو توقيف، انتهى. ولحديث[1] الثلاثة الذين لا ينظر الله إليهم، أحدهم: رجل استعبد محرراً، تقدم في الجماعة من كتاب الصلاة، وأراد بقوله مطلقاً سواء رضي الحر بالبيع أو كره.

لكن لا يخفى أن المراد في هذا الفصل نفي كون المبيع مما يمتلك لا نفي جواز بيعه؛ لأن ما لا يجوز بيعه أعم مما ذكر في هذا الفصل، كبيع الرطب بالتمر ونحو مما سيأتي في الفصل الآتي، ومن ذلك كل مناهي البيع عند من يجعلها للحظر، فكان حق العبارة أن يقال: فصل: لا يملك الحر إلى آخر ما ذكر، وإن كان في عدم ملك غير الحر خلاف، فإذا بيع الحر (***فيؤدب العالم***) للحرية، وتحريم بيع الحر بائعاً كان أو مشترياً؛ لأن المسألة قطعية (***ويرد***) الثمن (***القابض***) له (***إلا الصبي***) إذا قبض قيمة في نفسه أو في حر غيره فإنه لا يغرم (***ما***) كان قد (***أتلف***) لأن من مكنه من ماله فقد وضعه في مضيعة

نعم ومن ذلك ما أخرجه الدارقطني في سننه[2] أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: إن هذا الرجل يشير إلى رجل أتى به معه اشترى مني ناقة ثم توارى عني، فقال: اعطه ثمنها، فقال: يا رسول الله استهلكته، فقال: أنت سُرَّقٌ، ثم قال للأعرابي: اذهب فبعه في السوق وخذ ثمن ناقتك، قال: فأقامني في السوق فأعطي فِيَّ ثمناً، فقال للمشتري: ما تصنع به، قال: أعتقه، فأعتقني الأعرابي، انتهى. فيحمل على أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد علم بالوحي أنه لا يتم بيعه، وأراد بأمره ببيعه التغليظ في حقوق العباد، والله أعلم، وكان ذلك الرجل يدعى من بعدها سرقاً بالاسم الذي سماه به النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

---

(١) أخرجه أحمد (٢ / ٣٥٨) والبخاري رقم (٢٢٢٧) و (٢٢٧٠) وابن ماجه رقم (٢٤٤٢) والبيهقي (٦ / ١٤ / ١٢١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول ﷺ : " قال الله عزوجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره " .

(٢) في " السنن " (٣ / ٦١ رقم ٢٣٥) .

(**فإن غاب**) بائع الحر غيبة (**منقطعة**) بل الغيبة التي يجوز معها الحكم، وهي بريد لا غير (**فالمدلس**) على المشتري يغرم له؛ لأن التدليس تسبب والمسبب يغرم حيث لا يوجد المباشر (**و**) لكن المدلس له أن (**يرجع**) على المباشر (**وألا**) يغب المباشر (**فلا**) غرم على المدلس (**ولا**) يجوز بيع (**أم الولد**) وهي الأمة التي علقت لسيدها بحمل ووضعته متخلقاً، وادعاه.

وقال الباقر والصادق والناصر[1] والإمامية وهو قول الإمام محمد [2]بن المطهر وولده من متأخري أئمتنا، يجوز ويصح.

لنا حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً: " أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دُبُرٍ منه " أحمد[3] وابن ماجة[4] والدارقطني[5] والحاكم[6] والبيهقي[7]، من طرق.

قالوا: مدارها على الحسين بن عبد الله الهاشمي، قال الذهبي في "الكاشف"[8] ضعفوه، قلنا: حديث: " أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال في مارية: اعتقها ولدها " ابن ماجة من حديث ابن عباس، قالوا فيه الحسين المذكور.

....

---

(١) انظر: " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٩).

(٢) " شرح الأزهار " (٦ / ٩٦ – ٩٩).

(٣) في " المسند " (١ / ٣١٧) بإسناد ضعيف لضعف شريك بن عبد الله النخعي ، وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس.

(٤) في " السنن " رقم (٢٥١٥)

(٥) في " السنن " (٤ / ١٣١).

(٦) في " المستدرك " (٢ / ١٩).

(٧) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣٤٦) وهو حديث ضعيف والله أعلم.

(٨) في " الكاشف " (١ / ١٧٠ رقم ١٠٩٩).

قلنا: قال ابن حزم [١] صح هذا بسند رواته [أ] ثقات عن ابن عباس، قالوا: تعقبه ابن القطان [٢] بأنه أخرجه عن محمد بن مصعب، وإنما هو عن محمد بن وضاح عن مصعب، وهو ابن سعيد المصيصي، وفيه ضعف ومعارض بحديث جابر عند أحمد [٣] والشافعي [٤] والنسائي [٥] وابن ماجة [٦] والبيهقي [٧]، كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا نرى بذلك بأساً.

قلنا: قال البيهقي [٨]: ليس في شيء من الطرق أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اطلع على ذلك حتى يكون تقريراً منه، قالوا: زاد أبو داود [٩] وابن حبان [١٠] والحاكم [١١]

(أ) قولـه: بسند رواته ثقات عن ابن عباس، أقول: في "الجامع الصغير" نسبه إلى ابن ماجة والدارقطني والحاكم [١١] ورمز عليه بالصحة [١٢]، إلا أنه كثر رمزه بها على ما ليس كذلك فلا تطمئن به النفس، إلا أنك إذا تأملت ما في الباب من الأحاديث المتعارضة لم تجدها قوية على رفع الأصل الـذي هـو جواز البيع كما قوّاه الشارح وخالفه "المنار" ولم يأت بدليل إلا فعل عمر رضي الله عنه **[٣/٤٧٣]**.

---

(١) في " المحلى " (٩ / ٢١٩) ٠

(٢) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٤ / ٤٠٢) ٠

(٣) في " المسند " (٣ / ٣٢١) ٠

(٤) (٢ / ٤٧ – بدائع المنن) وانظر :" المعرفة " رقم (٢٠٨١١) ٠

(٥) في " السنن الكبرى " كما في " التحفة " (٣ / ٣٦) ٠

(٦) في " السنن " رقم (٢٥١٧) ٠

(٧) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣٤٨) ٠

وهو حديث صحيح ٠

(٨) حكاه عنه الحافظ في " التلخيص " (٤ / ٤٠٢) وانظر " المعرفة " (١٤ / ٤٦٩ – ٤٧٠ رقم ٢٠٨٠٩) ٠

(٩) في " السنن " رقم (٣٩٥٤) ٠

(١٠) في صحيحه رقم (٤٣٢٤) ٠

(١١) في " المستدرك " (٢ / ١٨ – ١٩) ٠

(١٢) بل هو حديث ضعيف والله أعلم ٠

في حديث جابر وفي زمن أبي بكر فلما كان زمن عمر [رضي الله عنه] [1]نهانا فانتـــهينا، ويبعد أن يخفى التحريم إلى زمن عمر [رضي الله عنه] [1]لا سيما على أمير المؤمنين كـــرّم الله وجهه، فأخرج عبد الرزاق [2]عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني سمعت علياً [كرم الله وجهه] [3]يقول: اجتمع رأيي ورأي عمر [رضـــي الله عنـــه][1] في أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت من بعد أن يبعن، قال عبيدة: فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إليّ من رأيك وحدك في الفرقة.

وهذا الإسناد معدود في أصح الأسانيد. وكذا رواه البيهقي[4] من طريق أيوب وقال ابن أبي شيبة[5]: حدثنا أبو خالد الأحمر عن إسماعيل بن خالد عن الشعبي عن عبيدة عـــن علي عليه السلام قال: استشار عمر في بيع أمهات الأولاد فذكره وهو ظاهر [٤٧٣/٣] في أن حكم عمر بالتحريم إنما كان عن رأي ومشورة لا عن نهي من رسول الله صـــلى الله عليه وآله وسلم، وإلا لما رجع أمير المؤمنين [كرم الله وجهه][3]، وأخرج ابن قدامة [6]عن صالح عن أحمد أنه قال: أكره بيعهن وقد باع علي بن أبي طالب [رضي الله عنه][1]، وهذا جزم من أحمد بصحة بيع علي لهن.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى

(٢) في مصنفه رقم (١٣٢٢٤) بسند صحيح.

(٣) الأولى قوله رضي الله عنه.

(٤) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣٤٨).

(٥) في " المصنف " (٦ / ٤٣٦ ، ٤٣٧).

(٦) في " الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل " (٢ / ٦٢٤ – ٦٢٥).

قلت: وفيه دليل على جواز رجوع المجتهد عن المجمعين إن صح الإجماع أيضاً، وأما الاستدلال بما رواه في "الجامع الكافي "[1] أن علياً عليه السلام أوصى لأمهات الأولاد في مرضه أنهن يعتقن بعد الموت فساقط مبني[أ] على أن العبد لا يملك ولو سلم، فلجواز أنه دبَّرهنَّ.

(أ) **قوله:** مبني على أن العبد لا يملك، أقول: لا يتضح بناه على ذلك، بل الوصية منه عليه السلام دليل على أنه قائل على أنهن لا يعتقن إلا بالإعتاق وأنهن بعد الموت مملوكات كقبله، فهو الذي في الغيث عن الناصر نقلاً عن شرح الإبانة، وهذا إذا لم تكن ذات ولد حي، وأما إذا كان ولدها باقياً فإنها تعتق بعد الموت اتفاقاً بين الناصر والإمامية.

والحق أنه ليس في المسألة نص يرجع إليه، وليس فيها إلا رأي عمر وجماعة من الصحابة، فإنهم رأوا أن لا تباع أم الولد، ووافقهم علي عليه السلام ثم خالفهم ورأى بيعها وهو الحق لعدم الدليل الناقل عن الأصل وهو جواز البيع لها.

واعلم أن بيع أمهات الأولاد [لا][2] يفتقر تقريره إلى زيادة بسط، فنقول: لا ريب أن أمهات الأولاد مملوكات بالنص القرآني كما قال تعالى: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[3]، والإجماع قائم والأصل جواز بيع كل ما يملكه الإنسان، وأيد البقاء على هذا الأصل حديث جابر[4] وأبي سعيد، فقد ثبت عنهما أنهما قالا: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وفي رواية عبد الرزاق[5] والنسائي[6] وابن ماجة[7] ....

---

(1) وهو جامع آل محمد – تأليف : الحسن بن محمد الحسني الديلمي (٢٧٠ هـ) مخطوط مكتبة الجامع الكبير صنعاء. " مؤلفات الزيدية " (١ / ٣٥٧) .

(2) زيادة من نسخة أخرى .

(3) [سورة المعارج : ٣٠] .

(4) تقدم وهو حديث صحيح .

(5) في مصنفه رقم (١٣٢١١) .

(6) في " السنن الكبرى " كما في " التحفة " (٣ / ٣٣٦) .

(7) في " السنن " رقم (٢٥١٧) .

والدارقطني[1] وصححه ابن حبان[2]: كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي صلى الله عليه وآله وسلم حي لا يرى بذلك بأساً، وقال ابن حزم[3] إسناده في غاية الصحة إلا أنه لا حجة فيه؛ لأنه ليس فيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علم بذلك.

قلت: ولا يخفى أن جابر إنما ساقه للاستدلال على الجواز وجابر يعلم وكل ناظر غيره أنه لا يستدل بعدم رؤيته ورؤية غيره بذلك بأساً إنما يستدل بكتاب أو سنة، فتعين أن قوله لا يرى بمثناة تحتية وضميره عائد إليه صلى الله عليه وآله وسلم لأنه أقرب مذكور، ولأنه الذي يستدل على جواز الفعل بعدم رؤية الناس في فعله ولأنه من أبعد البعيد أن يبيع أصحابه في مدينته أمهات الأولاد ولا يعلم بذلك، ولأن جابر ذكر هذا بعد وفاة عمر، قال ابن عبد البر[4]: إنه كان أبو بكر وعلي وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبي سعيد رضي الله عنهم يجيزون بيع أم الولد، وبه قال داود[5]، انتهى.

قلت: إلا أنه خالف من أصحابه أبو محمد بن حزم، وقال: لا تباع، واستدل بحديث ابن عباس أنها لما ولدت مارية إبراهيم قال رسول لله صلى الله عليه وآله وسلم " أعْتَقها ولدها "[6] وقال: إنه جيد السند كل رواته ثقة، ورواه عن قاسم بن أصبغ ثنا مصعب بن سعيد ثنا عبد الله بن عمر هو الرقي عن عبد الكريم الحرري عن عكرمة عن ابن عباس الحديث، إلا أنه تعقبه ابن القطان[7] وقال:

---

(١) في " السنن " (٤ / ١٣٥) .

(٢) في صحيحه رقم (٤٣٢٣) .

(٣) " المحلى " (٩ / ٢١٩) .

(٤) في " الاستذكار " (٢٣ / ١٥٣ رقم ٣٣٨٩٥) .

(٥) في " المحلى " (٩ / ٢٢٠) .

(٦) أخرجه ابن ماجه في " السنن " رقم (٢٥١٦) .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٩٢) هذا إسناد حكمه حكم الإسناد قبله – وهو إسناد ضعيف".

وأخرجه الدارقطني في " السنن " (٤ / ١٣٢ رقم ٢٤) . وهو حديث ضعيف والله أعلم .

(٧) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٤ / ٤٠١) .

رواه ابن حزم عن محمد بن مصعب، وإنما هو عن محمد بن وضاح عن مصعب بن محمد بن سعيد وهو المصيصي ضعيف، نقله عنه ابن حجر في "التلخيص "[1]إلا أنه مقلوب، قال في التلخيص: لأن ابن حزم، قال: عن مصعب بن سعيد وابن القطان قال عن محمد بن مصعب، فلعله غلط، ثم بحثت عن الرجلين في الميزان فقال محمد [2]بن مصعب صاحب الأوزاعي وذكر أنه ضعفه النسائي وغيره، وقال في مصعب[3] بن سعيد المصيصي أنه ضعفه جماعة من الأئمة وسماهم وسرد له أحاديث، ثم قال: ما هي إلا مناكير وبلايا، انتهى. وأما محمد بن وضاح فعالم كبير محدث الأندلس، قال الذهبي :[و] [4]هو صدوق في نفسه، وإذا عرفت هذا فسواء كانت الرواية عن مصعب [بن سعيد] [4]أو عن محمد بن مصعب فإنها ما تخلت عن مقدوح فيه، ولذا قال أبو عمر بن عبد البر[5] حديث ابن عباس في قوله صلى الله عليه وآله وسلم أعتَقَها ولدها، في مارية روي من وجه ليس بالقوي ولا يثبته أهل الحديث، وكذلك قال[6] في حديث ابن عباس عنه صلى الله عليه وآله وسلم: أيما امرأة [أمة][4] ولدت من سيدها فإنها حرة، إذا مات قال: لا يصح من جهة الإسناد، انفرد به الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، وحسين هذا ضعيف متروك الحديث، انتهى.

قلت: ومن ثمة قال في "نهاية المجتهد"[7]: إن الحديثين لا يثبتان عند أهل الحديث، حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر وهو من أهل هذا الشأن، انتهى.

---

(١) (٤ / ٤٠١) .

(٢) في " الميزان " (٤ / ٤٢ رقم ٨١٨٠) .

(٣) في " الميزان " (٤ / ١١٩ رقم ٨٥٦١) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) في " الاستذكار " (٢٣ / ١٥٤ – ١٥٥) .

(٦) أي ابن عبد البر في " الاستذكار " (٢٣ / ١٥٥) .

(٧) (٤ / ٢٨٦ – ٢٨٧) بتحقيقي .

وكان على المصنف(أ) أن يذكر المدبَّر مع أم الولد لتحريم بيعه عند القسمة، وعن مالك (1)إلا لضرورة لثمنه وهو عند زيد (2)وأبي حنيفة(3) لا يصح مطلقاً خلافاً لعائشة وعمر بن عبد العزيز والناصر والشافعي (4)فجوزوا بيعه مطلقاً لنا حديث المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث، الدارقطني(5) من حديث ابن عمر مرفوعاً والشافعي(6)

وإذا تقرر هذا علمت أنه لم يأت ما يرفع ذلك الأصل ولا يقوى على رفعه وهو بيع المماليك، وقد عرفت أن أمير المؤمنين علياً عليه السلام أخبر أن عدم بيعهن كان رأياً منه ومن عمر وأنه رجع عن رأيه، وأما ما نقله الشارح عن الجامع الكافي فإنها رواية مبتورة، وقد أخرجها ابن حزم(7) عن ابن جريج عن عطاء أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كتب في عهده إني تركت تسع عشرة سرية فأيتهن ما كانت ذات ولد قومت في حصة ولدها بميراثه مني وأيتهن لم تكن ذات ولد فهي حرة، قال: فسألت محمد بن علي بن الحسين بن علي أذلك في عهد علي عليه السلام، قال: نعم، انتهى، فهذا صريح أنه يرى بيعهن وأنهن مملوكات وأنه لا يعتقها ولدها، فهذا بسط في المسألة لما اختصر الشارح الكلام عليها، ولله الحمد.

(أ) **قوله:** وكان على المصنف أن يذكر المدبر، أقول: يأتي في بابه تحريم بيعه وسيكرر الشارح البحث فأخرنا الكلام معه إليه.

---

(1) الاستذكار (3 / 383) .

(2) انظر : " البحر الزخار " (4 / 211) .

(3) في " بدائع الصنائع " (4 / 113) .

(4) " البيان " للعمراني (8 / 392) .

(5) في " السنن " (4 / 138 رقم 50) وقال : لم يسنده غير عبيدة بن حسان ، وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله .

(6) في " الأم " (9 / 336 رقم 4273) .

(7) في " المحلى " (9 / 218) .

والبيهقي [1]مرفوعاً وموقوفاً بلفظ: " المدبر من الثلث " قالوا: أطبق الحفاظ على أن رفعه باطل [2] .

قلنا: عند البيهقي [3]عن أبي قلابة مرسلاً أن رجلاً أعتق عبداً له عن دبـــر فجعلــه النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الثلث، وعن علي [4]رضي الله عنه [وكرم وجهه][5] كذلك موقوف، قالوا: معارضان بحديث جابر رضي الله عنه أن رجلاً دبر غلاماً له ليس له مال غيره فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " من يشتريه مني فاشتراه نعيم النحـــام " متفق عليه [6]من طرق، قلنا: باعه لقضاء دين كان على صاحبه ولا مال له غيره، وقال له أقضي دينك كما أخرجه النسائي[7] وكخبر القرعة عند مسلم [8]وغيره، وسيأتي في العتق إن شاء الله [تعالى][9].

---

(١) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣١٤) .

(٢) قال ابن القطان في " الوهم والإيهام " (٣ / ٥٢١ – ٥٥٢ رقم ١٢٩٥) .

وقال العقيلي في " الضعفاء الكبير (٣ / ٢٣٤ رقم ١٢٣٥) لا يعرف إلا بعلي بن حسان وهو منكر الحديث .

(٣) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣١٤) مرسلا .

(٤) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣١٤) موقوفاً عليه .

(٥) الأولى قوله رضي الله عنه ، وهي زيادة من نسخة أخرى .

(٦) أخرجه البخاري رقم (٢٥٣٤) ومسلم رقم (٤ / ٩٩٧) .

(٧) في " السنن " رقم (٥٤١٨) وهو حديث صحيح .

(٨) في صحيحه رقم (٥٦ ، ٥٧ / ١٦٦٨) .

(٩) زيادة من نسخة أخرى .

(**و**) لا يجوز بيع (***النجس***) أما الكلب فخالف القاسم والناصر [(١)] والمؤيد وأبو طالب في كلب الصيد والزرع والماشية وأبو حنيفة مطلقاً، لنا عموم حديث: " أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ثمن الكلب " متفق عليه [(٢)] من حديث أبي مسعود البدري وهو عند مسلم [(٣)] من حديث جابر رضي الله عنه، ورافع بن خديج[(٤)]، وفي الباب عن أبي هريرة وابن عباس عند الحاكم[(٥)] وأبي داود[(٦)] ورجال أبي داود في حديث أبي هريرة ثقات، قالوا: النهي عن أكل الثمن لخبثه[(أ)] لا لتحريم البيع كما نهى عن كسب الحجام

(أ) **قوله:** لخبثه لا لتحريم البيع، أقول: الأصل في النهي أنه لتحريم البيع، وإنما أوقعه على اللازم وكسب الحجام، لولا أنه صلى الله عليه وآله وسلم احتجم وأعطاه أجرته لكان النهي يقتضي تحريم الأجرة على الحجامة، فلما فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك علم أنه حكم عليه بخبث مكسبه من غير تحريم .

وأما في الكلب فلم يخرج النهي شيء يعارضه، والإذن في كلب الصيد والماشية والزرع كما يأتي ليس رخصة في بيعه، بل في اتخاذه وملازمته، وأحاديث نهي عن ثمن الكلب إلا الكلب المعلم، وفي لفظ عند الترمذي[(٧)] إلا كلب الصيد فضعيفة لا تقاوم حديث أحاديث النهي، وقول ابن حجر[(٨)] في الأول رجاله ثقات قيل عليه أنه في غير محله فقد قال ابن الجوزي فيه الحسن بن أبي جعفر قال يحيى ليس بشيء وضعفه أحمد، وقال ابن حبان[(٩)] هذا الخبر بهذا الإسناد باطل لا أصل له، والحديث الثاني الذي فيه إلا كلب صيد يأتي الكلام عليه.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٧) . (٢) البخاري في صحيحه رقم (٢٢٣٧) ومسلم رقم (٣٩ / ١٥٦٧) .

(٣) في صحيحه رقم (٤٢ / ١٥٦٩) . (٤) أخرجه مسلم رقم (١٥٦٨ ، ١٥٦٩) والنسائي رقم (٤٦٦٨).

(٥) في " المستدرك " (٢ / ٣٣ ، ٣٤) .

(٦) في " السنن " رقم (٣٤٨٢ ، ٣٤٨٤) .

(٧) في " السنن " رقم (١٢٨١) وقال : هذا حديث لا يصح من هذا الوجه .

(٨) انظر : " الفتح " (٤ / ٤٢٧) و " التلخيص " (٣ / ٧) . (٩) في " المجروحين " (٢ / ٨٢) .

لخبثه لا لتحريم الحجامة وكما نهى عن ثمن[أ] الهرة مسلم [1] وأصحاب السنن [2] من حديث جابر وتضعيف[ب] الخطابي وابن وضاح لرفعه، وإنكار النسائي [3] له دفعهما النووي بما هو مذكور في شرح مسلم [4] له، وأيضاً في حديث ....

(أ) **قولـه:** وكما نهى عن ثمن الهرة، أقول: ظاهره أن كون النهي عنه لخبثه اتفاقاً، وفي "الهدي "[5] مـا يقضي أن التحريم مذهب طاووس ومجاهد وجابر بن زيد وجميع أهل الظاهر[6]، وأحد الـروايتين [7] عن أحمد وهو اختيار أبي بكر بن عبد العزيز وهو الصواب لصحة الحديث وعدم ما يعارضه.

(ب) **قولـه:** وتضعيف الخطابي[8].. إلخ، أقول: ظاهر كلامه أن ابن وضاح والخطـابي ضـعفا رفعـه، والنسائي [9] أنكر الرفع وأن النووي [10] دفع الجميع وليس كذلك، بل الخطابي ضعفه ولم يدع وقفة وابن وضاح قال: الصواب أنه موقوف والنسائي قال: إنه منكر، فكل واحد مـن الثلاثـة أعـل الحديث بغير ما أعله الآخر والنووي لم يتعقب إلا كلام الخطابي، وهو دفع الإعلال بالضعف كمـا هذا صريح سياق "التلخيص"[11] وعنه نقل الشارح، نعم دفع ضعفه يستلزم صحته أو حسنه وأنـه مرفوع فيلزم دفع الإعلال بالنكارة والوقف، لكن فرق بين لازم كلام العالم ونصه في النسبة، فلـو أتى بعبارة "التلخيص"[11] ثم قال: قلت: وفي تعقب النووي لمن أعله بالتضعيف ما يلزم دفع إعلالـه بالنكارة والوقف لكان أولى.

---

(1) في صحيحه رقم (42 / 1569) .

(2) أبو داود رقم (3480) والترمذي رقم (1280) وابن ماجة رقم (3250) .

(3) قال النسائي في " السنن " عقب الحديث رقم (4668) هذا حديث منكر .

(4) 10 / 234 - 235) .

(5) في " زاد المعاد " لابن القيم (5 / 680 - 681) .

(6) في " المحلى " (9 / 10 - 11) .

(7) " المغني " (6 / 353 - 354) .

(8) في " معالم السنن " (3 / 572 - مع السنن) .

(9) عقب الحديث رقم (4668) .

(10) في شرحه لصحيح مسلم (10 / 234) .

(11) (3 / 7) .

جابر[1] "إلا كلب صيد" ، بإسناد رجاله ثقات[أ] ورواه الترمذي [2]من حديث أبي هريرة وإن كان من رواية أبي المهزم[ب] عنه وهو ضعيف، وكذا رواه النسائي من حديث جابر

(أ) **قوله:** رجاله ثقات، أقول: حديث جابر الذي فيه الاستثناء قال ابن حجر [3]رجاله ثقات ليس فيه استثناء كلب الصيد بل المعلمة، أخرجه أحمد والنسائي، وقال ابن حجر: رجاله ثقات، وتعقب بما أسلفناه قريباً من أن فيه الحسن بن أبي جعفر، وأما الحديث الذي استثنى فيه كلب الصيد فهو عن جابر، قال الترمذي [4]:ولا يصح إسناده [و]رواه عنه النسائي[5] ثم قال منكر كما في "التلخيص"[6]. ويأتي للشارح وحاصله لجابر حديثان في ذلك أحدهما في مسلم [7]وليس فيه الاستثناء، والثاني فيه الاستثناء لكلب الصيد أخرجه النسائي[5] وأنكره، ثم لا يخفاك أنه لو تم هذا كان خاصاً بالقاسم ومن معه.

(ب) **قوله:** أبي المهزم، أقول: بتشديد الزاي المكسورة التميمي البصري اسمه يزيد، وقيل عبد الرحمن ابن سفيان متروك كما في "التقريب"[8] وبهذا تعرف أنه ليس لجابر حديث فيه الاستثناء لكلب الصيد، رجاله ثقات بل منكر، وحديثه في استثناء الكلب المعلم ضعيف، وإن توهم ابن حجر ثقة رجاله وتبعه عليه الشارح، نعم لأبي هريرة وابن عباس حديث فيه الاستثناء لفظه: " لا يحل ثمن الكلب " الحديث، قال الحافظ: رجاله ثقات ونسبه في "التلخيص"[8] إلى أبي داود[9] .

---

(1) أخرجه النسائي في " السنن " رقم (٤٦٦٨) .

وهو حديث صحيح .

(2) في " السنن " رقم (١٢٨١) وهو حديث حسن .

(3) " التلخيص " (٣ / ٧) انظر " الفتح " (٤ / ٤١٥) .

(4) في " السنن عقب الحديث " رقم (١٢٨١) وقدتقدم . وهو حديث حسن .

(5) في " السنن " رقم (٤٦٦٨) وهو حديث صحيح وقد تقدم .

(6) (٣ / ٧) .

(7) في " صحيحه " رقم (٤٢ / ١٥٦٩) .

(8) الترجمة رقم (١٥٠) في الكنى .

(9) في " السنن " رقم (٣٤٨٢ ، ٣٤٨٤) .

بلفظ "نهي عن ثمن السنور والكلب"، وإن قال: هذا منكر، فالكل كاف في التخصيص للعموم وإلا لزمكم عدم جواز بيع العبد الكافر لأنه نجس(أ) عندكم.

وأما الخنزير فخالف فيه الباقر [1] والصادق، لنا [٣/٤٧٤] حديث" أن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام "[2] متفق عليه ....

قلت: راجعت سنن أبي داود فلم أر فيه حديث الاستثناء المذكور، بل لفظه عن أبي هريرة: " لا يحل ثمن الكلب، ولا حلوان الكاهن، ولا مهر البغي " والله اعلم، كيف كان كلام الحافظ، وفيه من حديث[3] من اتخذ كلباً إلا كلب ماشية أو صيد انتقص من أجره كل يوم قيراط، وهو الذي وعدنا به آنفا وحينئذٍ لم يبق في الباب ما يعارض حديث النهي[4] مما يعتمد عليه.

(أ) **قوله:** لأنه نجس عندكم، أقول: [يقال] [5] خص جواز بيعه الإجماع.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٧) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٢٣٦) ومسلم رقم (٧١ / ١٥٨١) قلت : وأخرجه أحمد (٣ / ٣٢٤) وأبو داود رقم (٣٤٨٦) والترمذي رقم (١٢٩٧) والنسائي رقم (٤٦٦٩) وابن ماجه رقم (٢١٦٧) وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٣٣٢٤) ومسلم رقم (٦٠ / ١٥٧٥) وأبو داود رقم (٢٨٤٤) والترمذي رقم (١٤٩٠) والنسائي رقم (٤٢٨٩) وابن ماجة رقم (٣٢٠٤) وأحمد (٢ / ٣٤٥) كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . وهو حديث صحيح .

(٤) قال النووي في " المجموع (٩ / ٢٧٢) : " فرع : ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب ، سواء كان معلماً أو غيره ، وسواء كان جروا أو كبيراً ، ولا قيمة على من أتلفه ، وبهذا قال جماهير العلماء .
وهو مذهب أبي هريرة ، والحسن البصري ، والأوزاعي ، وربيعة ، والحكم ، وحماد ، وأحمد وداود ، وابن المنذر ، وغيرهم .
وقال أبو حنيفة : يصح بيع جميع الكلاب التي فيها نفع وتجب القيمة على متلفه ، وحكى ابن المنذر عن جابر ، وعطاء ، والنخعي جواز بيع الكلب للصيد دون غيره .
وقال مالك : لا يجوز بيع الكلب ، وتجب القيمة على متلفه ، وإن كان كلب صيد أو ماشية ؛ وعنه رواية كمذهبنا . ورواية كمذهب أبي حنيفة . اهـ .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

من حديث جابر رضي الله عنه ولأحمد[١] مثله عن ابن عمر إلا الأصنام، ولأبي داود[٢] عن ابن عباس وزاد، وإن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه، قالوا: محمول على[أ] بيعه ممن يأكله كما تقدم تحقيقه في بيع كل ذي نفع حلال، وعموم إن الله إذا حرم أكل شيء حرم أكل ثمنه مخصص بصحة بيع الحمر الأهلية ونحوها والعبيد مع تحريم أكلها، قلنا: تأويل مندفع بما في حديث[٣] جابر المذكور أهم قالوا: " يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، قال: هو حرام ثم قال: قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها[ب] ثم باعوها فأكلوا ثمنها " قالوا: التحريم[ج] للحم الخنزير فلا يتعلق به إلا بعد ذبحه، والتراع في بيعه حياً كالحمر الأهلية فلا ترد الميتة [والخمر] [٤]نقضاً لانحصار منفعتهما في الحرام.

(أ) **قوله:** محمول على بيعه ممن يأكله، أقول: لا يخفى أنه صلى الله عليه وآله وسلم أوقع التحريم على البيع نفسه، والتأويل المذكور باطل لأنه لا موجب له، ثم ما يصنع بالأصنام فإنها لا تؤكل والحمر الأهلية والعبيد خصهما الإجماع وعلم الجواز لبيعها من ضرورة الدين.

(ب) **قوله:** فجملوها، أقول: بالجيم وتخفيف الميم، أي: أذابوها[٥].

(ج) **قوله:** التحريم للحم[٦] الخنزير، أقول: إن أريد في الحديث فليس كذلك، بل لنفس بيعه كما هو لفظه، وإن أريد في الآية فالتنصيص على تحريم اللحم لا يقضي أن يحل غيره إلا من باب مفهوم اللقب، وقد عارضه منطوق الحديث فرفعه كما رفع أصل الإباحة على القول بها في الحيوان.

---

(١) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٧) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٨٨) وهو حديث صحيح .

(٣) وهو حديث صحيح تقدم تخريجه آنفاً .

(٤) زيادة من نسخة اخرى .

(٥) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٢٩١) . " غريب الحديث " للهروي (٣ / ٤٠٧) .

(٦) حكى الحافظ في " الفتح " (٤ / ٤١٥) الإجماع على تحريم بيعه بجميع أجزائه . =

وأما زبل ما لا يؤكل فخالف فيه أبو حنيفة[1]، قلنا: حديث[2]: " إن الله إذا حرم أكل شيء حرم أكل ثمنه " قالوا: يلزمكم[أ]، حرمة بيع الحمر الأهلية ونحوها من الخيل والبغال والعبيد وغيرها، قلنا: مخصصة بقوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[3] قالوا: جوزتم بيع الهرة[4] والصقر والطاووس وكل ذلك تخصيص لعموم تحريم

(أ) **قوله:** قالوا يلزمكم حرمة، بيع الحمر الأهلية، أقول: قلنا خصها الإجماع وقد يقال: بعد تحريم بيعها للأكل، وقال ابن القيم[5]: إنه إذا بيع البغل والحمار لأكلهما حرم ثمنهما، بخلاف ما إذا بيعا للركوب وغيره.

ونظير هذا ما قاله الجمهور [6]من الفقهاء كأحمد[7] ومالك [8]وأتباعهما أنه إذا بيع العنب لمن

= وحكى ابن المنذر عن الأوزاعي وأبي يوسف وبعض المالكية الترخيص في القليل من شعره .

" مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٢٢٩) .

(١) انظر : " فتح الباري " (١ / ٣٣٨) " زاد المعاد " (٥ / ٦٦٧) .

(٢) تقدم تخريجه . (٣) [سورة النحل : ٨] .

(٤) قال النووي في " المجموع " (٩ / ٢٧٤) : " فرع بيع الهرة الأهلية جائز بلا خلاف عندنا إلا ما حكاه البغوي في كتابه في شرح مختصر المزني عن ابن القاص أنه قال : لا يجوز ، وهذا شاذ باطل مردود ، والمشهور جوازه . وبه قال جماهير العلماء نقله القاضي عياض عن الجمهور .

وقال ابن المنذر : أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز ، ورخص في بيعه : ابن عباس ، وابن سيرين ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأي .

قال – أي ابن المنذر – : وكرهت طائفة بيعه ، منهم : أبو هريرة ، ومجاهد ، وطاوس ، وجابر بن زيد " اهـ .

وانظر : " البيان " للعمراني (٥ / ٦١) و " مختصر السنن " (٥ / ١٢٦) " و " المغني " (٦ / ٣٦٠) و " المعرفة " للبيهقي (٨ / ١٧٦ – ١٧٧) .

(٥) في " زاد المعاد " (٥ / ٦٨٤ – ٦٨٥) . (٦) انظر : " الفتح " (٤ / ٤١٥) .

(٧) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٥) " الإجماع " لابن المنذر (ص ١١٤ رقم ٤٧٣) .

(٨) انظر : " عيون المجالس " (٣ / ١٤٣٦) .

بيع ما لا يؤكل والمخصص صار أصلاً برأسه يقاس عليه وأن ذلك يبطل حجية[أ] العموم على ما بقي كما تكرر غير مرة.

يعصره خمراً حرم ثمنه بخلاف إذا بيع ممن يأكله، وكذلك السلاح إذا بيع ممن يقاتل به مسلماً حرم ثمنه وإذا بيع للجهاد في سبيل الله تعالى فثمنه من الطيبات.

(أ) **قوله:** يبطل حجية العموم، أقول: إن أريد عند أهل المذهب فغير صحيح، وفي" الفصول "إذا خص العام بمبين فالباقي حجة عند أكثر أئمتنا، والجمهور وإن أراد عنده فهو لا يثبت العموم من أصله .

واعلم أنه لم يتكلم على تحريم بيع الميتة والخمر مع أنه قد شملهما لفظ المصنف كما نطق بهما الحديث، وفي شرح" الأثمار" لا يجوز بيع الدم والميتة والعذرة إجماعاً، قال ابن القيم[1]: يدخل في تحريم بيع الميتة كلما سمي ميتة سواء مات حتف أنفه أو ذكي ذكاة لا تفيد حله ويدخل فيه أبعاضها أيضاً من شحومها ونحوه، كما دل له قوله لما سألوه عن الشحوم فقال: هو حرام بيعها، فإنه لما أخبرهم بحرمة بيع الميتة سألوه هل يخص منها بيع الشحوم للانتفاع لا للأكل، فقال: هو حرام وفيه احتمال آخر وهو أنهم سألوه عن الانتفاع بالشحوم لا عن بيعها فأخبرهم أنه حرام أي الانتفاع، وقد طول ابن القيم في بيان الاحتمالين ثم رجح أنه عائد إلى البيع[2]، وأنه لا بأس بالانتفاع بالميتة في غير ما حرمه الله تعالى ورسوله منها كالوقيد وإطعام البزاة والصقور وقد جود البحث هنالك وأطاله .

وأما الخمر ففي "نهاية المجتهد"[3] أنه اتفق المسلمون على تحريم بيعها .

وفي "الهدى "[4]يدخل تحت تحريم بيع الخمر كل مسكر سواء كان جامداً أو مائعاً أو عصيراً أو مطبوخاً، فيدخل عصير العنب وخمر الزبيب والتمر والذرة والشعير، وأطال البحث وأطابه.

---

(١) في " زاد المعاد " (٥ / ٦٦٤) .

(٢) أي ابن القيم في " زاد المعاد " (٥ / ٦٦٤ – ٦٦٧) .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لا بن رشد الحفيد (٣ / ٢٣٩ – ٢٤٠) بتحقيقي .

(٤) في " زاد المعاد " (٥ / ٦٦٢) .

وأما الأدهان المتنجسة فحكمها حكم نجس العين عند من لا يجوز تطهيرها، لحديث أنه قال صلى الله عليه وسلم " في السمن المائع تقع فيه الفأرة لا تقربوه وفي الجامد ألقوها وما حولها"[1] تقدم في كيفية التطهير من كتاب الطهارة.

(**و**) لا يجوز بيع (***ماء الفحل للضراب***) خلافاً لمالك وبعض أصحاب الشافعي، لنا حديث ابن عمر عند البخاري[2] والأربعة[3] والشافعي[4]: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن عسب[أ] الفحل " وهو عند مسلم[5] والنسائي[6] من حديث جابر

(أ) **قوله:** عسب الفحل، أقول: بفتح العين المهملة وسكون السين المهملة فموحدة، هو ماء الفحل فرساً كان أو بعيراً أو غيرهما[8]، وسمي أجرت ضرابه بيعاً لأنه عقد معاوضة وهو بيع المنافع وكانت العادة أنهم يستأجرون الفحل للضراب، وهذا هو الذي نهى عنه، والعقد الوارد عليه باطل سواء كان بيعاً أو إجارة، قاله في "الهدي"[9]: قلت: ولا حاجة إلى قوله للضراب كما لا يخفى وقد حذفه الأثمار.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٣٥) وأحمد (٦ / ٣٢٩ ، ٣٣٠) والنسائي في " السنن " رقم (٤٢٥٨) من حديث ميمونة .

وهو حديث صحيح .

(٢) في صحيحه رقم (٢٨٨٤) .

(٣) أبو داود رقم (٣٤٢٩) والنسائي رقم (٤٦٧١) والترمذي رقم (١٢٧٣) وهو حديث صحيح .

(٤) في " المختصر كما في " التلخيص " (٣ / ٢٤) .

(٥) في صحيحه رقم (٣٥ / ١٥٦٥) .

(٦) في " السنن " رقم (٤٦٧٠) وهو حديث صحيح .

(٧) في صحيحه رقم (١٥٦٥) .

(٨) " غريب الحديث " للهروي (٣ / ١٩٢) .

(٩) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٠٣) ثم قال وهذا قول جمهور العلماء ، منهم أحمد والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم .

بلفظ، عن "ضراب الجمل " وعند مسلم[٧] من حديث أبي هريرة: " نهى عن ثمن الكلب وعسب التيس " .

وفي الباب عن أنس عند الشافعي[١] وأبي حاتم[٢] وعن أبي سعيد عند الدارقطني[٣] وصححه ابن السكن[٤] وابن القطان[٥] ، وعن علي عليه السلام عند الحاكم في " علوم الحديث "[٦]، وعن البراء بن عازب عند ابن حبان[٧] والبزار[٨]، وعن ابن عباس [رضي الله عنه][٩] في المعجم للطبراني [١٠]، قالوا: نهي كراهة لما أخرجه مالك: " أن النبي صلى

---

(١) في " السنن " (٢ / ٧٢ رقم ٤٢٣) .

(٢) في " العلل " (٢ / ٤٤٣) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٤٧) .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٥) .

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٥) .

(٦) (ص ١٠٩) في الجنس الخامس من المدلسين ، قوم دلسوا عن قوم سمعوا منهم الكثير ، وربما فاتهم الشيء عنهم فيدلسونه .

قال الحاكم عقب الحديث : " قال أبو عبد الله محمد بن نصر : وهذا حديث لم يسمعه الحسن بن ذكوان من حبيب بن ابي ثابت ، وذلك أن محمد بن يحي حدثنا قال : حدثنا أبو معمر قال : حدثني عبد الوارث عن الحسن بن ذكوان عن عمرو بن خالد بن حبيب بن أبي ثابت ، وعمرو هذا منكر الحديث فدلسه الحسن عنه " اهـ .

(٧) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٥) .

(٨) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٥) .

(٩) زيادة من نسخة أخرى .

(١٠) في " المعجم الكبير " رقم (١١٦٧) من حديث البراء رضي الله عنه وفي " المعجم الكبير " رقم (١١٦٩٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

الله عليه وآله وسلم قال لبني كلاب: إذا كان إكراماً أي: نجيباً[أ] يولد النجايب فلا بأس "[1] ، قال المصنف: قلنا يقتضي جواز الإنزاء لا الإكراء.

(أ) **قوله:** أي نجيبا يولد النجائب ، أقول: هذا غريب في الوهم سبقه إليه المصنف

---

(١) أخرجه الترمذي في " السنن " رقم (١٢٧٤) وقال : هذا حديث حسن غريب ، والنسائي رقم (٤٦٧٢) . وهو حديث صحيح .

خلاصة : قال ابن قدامة في " المغني " (٦ / ٣٠٢ – ٣٠٣) " عسب الفحل ، ضرابه ، وبيعه أخذ عوضه . وتسمى الأجرة عسب الفحل مجازاً .

وإجارة الفحل للضراب حرام ، والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك جوازه . قال ابن عقيل : ويحتمل عندي الجواز ؛ لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه ، وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع ، والغالب حصوله عقيب نزوه ، فيكون كالعقد على الظئر ، ليحصل اللبن في بطن الصبي .

ولنا ، ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل ، رواه البخاري ، وعن جابر قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل . رواه مسلم .

ولأنه مما لا يقدر على تسليمه ، فأشبه إجارة الآبق . ولأن ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته ، ولأن المقصود هو الماء ، وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد ، وهو مجهول .

وإجارة الظِّئْر خولف فيه الأصل لمصلحة بقاء الآدمي ، فلا يقاس عليه ما ليس مثله .

فعلى هذا إذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرناه ، ولا يحرم على المعطي ؛ لأنه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج إليه .

وإن أعطى صاحب الفحل هدية ، أو أكرمه من غير إجارة ، جاز . وبه قال الشافعي ... " . اهـ .

وانظر : "البيان " للعمراني (٧ / ٢٩٠ – ٢٩١) و " المعرفة " للبيهقي (٨ / ١٤٦ – ١٤٩) يجوز استئجار الفحل للضراب مدة معلومة كيوم ، أو عدد مرات ، كمرتين أو ثلاث ، لأنه عقد على منافع الفحل وهي معلومة ، ويحمل حديث النهي عن عسب الفحل ، على استئجار الفحل ليترو على الأنثى حتى تحمل ، لأنها إجارة مجهولة ، فقد لا تحمل الأنثى ، وإذا تم استئجار الفحل على الوجه الجائز مدة معلومة أو مرات معدودة ، وعرف حمل الأنثى بإعراضها عن الفحل قبل تمام المدة أو العدد ، انفسخت الإجارة ،ولزم من الأجرة بقدر المدة التي استوفيت " اهـ=

قلت: وفيه نظر. انتهى.

قلت: وعللوا النهي بأنه بيع معدوم كبيع اللبن في الضرع أو بأنه نجس من غير المأكول، ومنه مالا قيمة له.

والحق[أ] أن العلة خبث المكسب كما في كسب الحجام، فيكون النهي للكراهة لا غير كما يشهد له ترخيص النبي صلى الله عليه وآله وسلم لبني كلاب.

في "البحر "[1]وتعقبه "المنار" بما ذكر هنا يعني من قوله، والرواية المعروفة أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن عسب الفحل، فقالوا: يا رسول الله يطرق الفحل فيكرم، قال: إن كان أكراماً فلا بأس، وهذا التفسير الذي ذكره الشارح باطل لا يصح إرادته ولا دليل عليه، وإنما دلَّ الحديث أنه يجوز من باب المكافأة والإحسان لا من باب البيع ولا الإجارة، فلا دليل فيه للمالكية لتخصيصه بالنجيب، ودعواهم عامة على أنهم لم يستدلوا له به، بل قالوا يحمل النهي على استئجار الفحل على نتاج الأنثى، وهو فاسد لأنه غير مقدور على تسليمه، فإن استأجره على أن يحمله عليها دفعات معلومة فذلك جائز إذ هو أمر معلوم في نفسه ومقدور وقد رُدَّ هذا الاستدلال على تسليمه بأنه من المعلوم أنه ليس للمستأجر غرض صحيح في نزو الفحل على الأنثى التي له دفعات، وإنما غرضه نتيجة ذلك وثمرته ولأجله بذل ماله.

(أ) **قوله:** والحق أن العلة خبث المكسب، أقول: في "الهدي"[2] قد علل .

التحريم بعدة علل، أحدها: أنه لا يقدر على تسليم المعقود عليه، فأشبه إجارة الآبق فإن ذلك يتعلق باختيار الفحل وشهوته .

الثانية: أن المقصود هنا الماء وهو لا يجوز إفراده، فإنه مجهول القدر والعين، وهذا بخلاف إجارة الظئر فإنها احتملت لمصلحة الآدمي فلا يقاس عليه.

= " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٤١٨ – ٤١٩) و " التهذيب في اختصار المدونة " (٣ / ٣٦٤) و "المنتقى " للباجي (٥ / ٢٢) .

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣١١) .   (٢) " زاد المعاد " (٥ / ٧٠٤) .

(**و**) لا يجوز بيع (***أرض مكة***) أي الحرم المحرم تربه وأحجاره، وقال الشافعي[1] وأبو يوسف وهو في شرح الإبانة عن الهادي عليه السلام والناصر والمؤيد أنه يجوز بيعها،

وقد يقال والله أعلم: النهي عن ذلك من محاسن الشريعة، وكمالها فإن مقابلة ماء الفحل بالأثمان وجعله محلاً لعقود المعاوضات مما يستهجن ويستقبح عند العقلاء، وفاعل ذلك عندهم ساقط من أعينهم، وقد جعل الله تعالى فطر عباده ميزاناً لا سيما المسلمين للحسن والقبح، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح"[2]، فحرمت هذه الشريعة المعاوضات على ضرابه ليتبادل بينهم مجاناً لما فيه من تكثير النسل المحتاج إليه من غير إضرار بصاحب الفحل ولا نقصان من ماله، فمن محاسن الشريعة إيجاب بذله مجاناً كما قال صلى الله عليه وآله وسلم: " إن من حقها إطراق فحلها وإعارة دلوها " [3]فهذه حقوق يضر بالناس منعها إلا بمعاوضة، فأوجبت الشريعة بذلها.

قلت: ويتخرج من هذا علة هي أحق ما يعلل به المنع، وهو: أن إطراق الفحل حق لمن يحتاجه يجب على مالك الفحل بذله ولا يحل له منعه ولا أخذ ثمن فيه؛ لأن الله قد جعله حقاً للمحتاج إليه.

وأما حديث [4]الإكرام فلا ينافي ذلك على أن حديث الإكرام لم نجده في جامع الأصول، ونسبه ابن بهران إلى الترمذي، ثم رأيته في الترمذي[5] ولفظه: " أنَّ رجلاً من كلاب سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن عسب الفحل فنهاه فقال: يا رسول الله، إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له في الكرامة " قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن حميد عن هشام ابن عروة. انتهى، وبه تعرف أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يرخص لبني كلاب في البيع بل في شيء آخر، وهي المكافأة على بذل الحق، وليس من محل النزاع **[٣/٤٧٥]**.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٦٢ – ٦٣) .

(٢) أخرجه أحمد (١ / ٣٧٩) من قول ابن مسعود ، ولا يصح مرفوعاً .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (٩٨٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٧٤) وهو حديث صحيح .

واختلفت [٣/٤٧٥] أقوال أبي حنيفة، لنا قوله تعالى: ﴿سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾[١] وأجيب: بأن ذلك[أ] في المسجد ولا نزاع في عدم ملك أحد له، إنما النزاع في غيره.

(أ) **قوله:** وأجيب أن ذاك في المسجد، أقول: لا يخفى أن المساجد كلها لا يجوز بيعها، فلا يبقى وجه لتخصيص المسجد الحرام، وقال ابن القيم[٢]: المسجد الحرام في هذه الآية الحرم، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾[٣] فهذا المراد به الحرم كله، وقوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ ففي الصحيح [٤]أنه أسرى به من بيت أم هاني، وقال تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [٥]وليس المراد به حضوره نفس موضع الصلاة اتفاقاً، وإنما هو حضور الحرم والقرب منه، وسياق آية الحج تدل على ذلك فإنه قال فيه: ﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ﴾[٦] وهذا لا يختص بموضع الصلاة قطعاً، بل المراد الحرم كله، والذي جعله سواء العاكف فيه والباد، هو الذي توعد من صد عنه، ومن أراد بإلحاد بظلم بالحرم ومشاعره كالصفاء والمروة والمشعر ومنى وعرفات لا يختص أحد بها دون أحد، بل هي مشتركة بين الناس، إذ هي محل نسكهم ومتعبدهم، فهي مسجد الله وقفه ووضعه لخلقه، ولهذا امتنع صلى الله عليه وآله وسلم أن يبتني له بيت بمنى يظله من الحر، وقال منى مناخ لمن سبق إليه[٧].

---

(١) [سورة الحج: ٢٥].

(٢) في "زاد المعاد" (٣ / ٣٨١ – ٣٨٢).

(٣) سورة التوبة: ٢٨].

(٤) ليس في الصحيح. انظر: "السيرة النبوية" (٢ / ٤٠٢) "فتح الباري" (٧ / ١٥٥).

(٥) [سورة البقرة: ١٩٦].

(٦) [سورة الحج: ٢٥].

(٧) تقدم وهو حديث ضعيف.

قلنا: حديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم " قال لعائشة وقد قالت له في منى إلا تبني لك مترلاً يا رسول الله، فقال: إنما هو مناخ لمن سبق إليه "[1] أخرجه ابن سيد الناس اليعمري وغيره ، قالوا : أراد به ليس بموضع إقامة، ومعارض بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾ [2]يريد المهاجرين رضي الله عنهم، ولحديث أسامة المتفق عليه[3]، وقد قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم: " أين تترل غداً يا رسول الله؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع " وهو ظاهر في الاختصاص لولا بيع عقيل لها .

قلنا: الإضافة تستعمل في غير الملك كجل الفرس، قالوا : بقرينة الإضافة إلى من لا يملك، وأما إضافة المال إلى من يصح تملكه فالظاهر الملك، وأيضاً روى البيهقي أن عمر اشترى داراً للسجن بمكة، وأن ابن الزبير اشترى حجرة سودة، وأن حكيم بن حزام باع دار الندوة، من معاوية بمائة ألف، وأن عمر اشترى الدُور التي كانت حول المسجد يوسعه

ولهذا ذهب جمهور الأئمة من السلف والخلف [إلى][4] أنه لا يجوز بيع أرض مكة ولا إجارة بيوها، ثم ساق أدلة القائلين بجواز بيعها، وإجارها، وهي ما ذكره الشارح من الإضافة، وحديث أسامة وبيع صفوان قال [5]:والواجب اتباع الحق حيث كان.

والصواب: القول بموجب الأدلة من الجانبين، وأن دور مكة تملك وتورث وتوهب وتباع ويكون نقل الملك في البناء لا في العرصة والأرض، فلو رفع بناه لم يكن له أن يبيع الأرض، وله أن يبنيها ويعيدها كما كانت، وهو أحق بسكناها، ويسكن فيها من شاء.

---

(١) أخرجه أحمد (٦ / ٢٠٦ ، ٢٠٧) وأبو داود رقم (٢٠١٩) و الترمذي رقم (٨٨١) وابن ماجه رقم (٣٠٠٧) وهو حديث ضعيف .

(٢) [سورة الحشر : ٨] .

(٣) أخرجه البخاري رقم (١٥٨٨) ومسلم رقم (٤٣٩ / ١٣٥١) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) ابن القيم في " زاد المعاد " (٥ / ٣٨٤) .

بها، وكذلك عثمان، وكان الصحابة رضي الله عنهم حوله متوافرين، ولم ينقل إنكارٌ فكان [ذلك] [1]إجماعاً، قلنا: إن سلم الإجماع فلأن البيع إنما كان للأبواب والأخشاب التي فيها جمعاً بين ذلك وبين[أ] أدلة النهي، قالوا: معلولة لم يصح منها شيء كما حققه البيهقي وغيره من أئمة السنة، وإن صحت فمتأوَّلة على الكراهة للرغبة[ب] عن أشرف البقاع وأحبها [2]إلى الله ورسوله جمعاً بين الأدلة.

(أ) **قوله:** وبين أدلة النهي عن بيعها.. إلخ، أقول: لم يتقدم له منها شيء فمنها ما أخرجه الدارقطني[3] من حديث ابن عمر مرفوعاً: " إن الله حرم مكة فحرم بيع رباعها وأكل ثمنها " وأخرج أحمد [4]عنه أيضاً قال "نهى عن إجارة بيوت مكة وعن بيع رباعها "

وأما قول الشارح: إنها معلولة، فلو أنه لم يأت منها حرف لكان فيما تقدم من أدلة أنه لا يختص بها أحد كفاية في الدلالة على تحريم بيعها وجنح "المنار "[5]إلى مثل كلام الشارح، وأن الآية في المسجد الذي يستوي العاكف فيه والباد وموضع الطواف.

قلت: ولا يخفى قوة كلام ابن القيم[6] رحمه الله.

(ب) **قوله:** للرغبة عن أشرف البقاع، أقول: ليس كل بايع راغباً عما باعه، بل قد يبيعه للحاجات التي تخرج المحبوبات من رب بهن ضنين.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) عن عبد الله بن عدي بن الحمراء ، أنه سمع النبي ﷺ يقول : وهو واقف بالحزورة في سوق مكة : " والله إنك لخير أرض الله وأحب أرض الله إلى الله ، ولولا أني أخرجت منك ما خرجت " .

أخرجه أحمد (٤ / ٣٠٥) وابن ماجه رقم (٣١٠٨) والترمذي رقم (٣٩٢٥) والدارمي رقم (٢٥٥٢) وابن حبان رقم (٣٧٠٨) والحاكم (٣ / ٧) . وهو حديث صحيح .

(٣) في " السنن " (٣ / ٥٧ رقم ٢٢٤) .

(٤) لم أقف عليه .

وأخرجه الدارقطني في " السنن " (٣ / ٥٩ رقم ٢٢٧) .

(٥) (٢ / ١٧) .

(٦) في " زاد المعاد " (٥ / ٣٨٤) .

(**و**) لا يجوز بيع (**ما لا نفع فيه مطلقاً**) أي بأنواع الانتفاع؛ لأن ذلك من الباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [1]، إلا أن شراءه[أ]، ومقابلته بمال فرع الحاجة إليه ودفع الحاجة نفع فلا يثبت أنه لا نفع فيه حتى يثبت أنه لا يشتري ولا يثبت أنه لا يشترى حتى يثبت أنه لا نفع فيه، وذلك دور.

تنبيه: ذكر المصنف في "البحر "[2]وغيره من أهل المذهب أن عبد الذمي إذا أسلم حيل بينه وبين الذمي، ثم بيع وسلم ثمنه للذمي إن صح بيعه وإلا عتق بمثل ما ينفسخ به النكاح كما تقدم، ويأتي في العتق وهذا ظاهر في عدم جواز ملك الكافر للمسلم كما هو صريح قوله تعالى﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [3]وكان على المصنف أن يذكر ذلك فيما لا يجوز أو لا يصح بيعه فيقول: وبيع[ب] عبد مسلم من كافر.

(أ) **قوله**: إلا أن شراؤه ومقابلته بمال، أقول: يقال ومتى أبيح له شراؤه وقد ثبت النهي عن إضاعة المال وكل ما دعت إليه الحاجة، فليس مما لا نفع فيه، وقد علل ابن دقيق العيد في "شرح العمدة"[4] النهي عن بيع الأصنام بأنه لعدم النفع بها على صورها، وقال: وعدم الانتفاع يمنع صحة البيع، والتحقيق أن كل ما ينفع مما أباح الشارع نفعه يصح بيعه، فإنه شرع البيع لدفع الحاجات المباحة والانتفاع، وقيد صاحب الفتح عدم الانتفاع بالأغلب، ومثله الأثمار، قال: ولا عبرة بما قد ينفع كما في العقارب ونحوها، إذ قد يدخل شيء منها نادراً في الدرياقات والأدوية.

(ب) **قوله**: ولا يصبح بيع عبد مسلم من كافر، أقول: ويحال بينه وبينه إن أسلم.

---

(١) [سورة البقرة : ١٨٨] .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠١) .

(٣) [سورة النساء : ١١٤] .

(٤) في " إحكام الأحكام " (ص ٧١٥) .

(فصل)

(**ولا يصح**) البيع (**في ملك لا قيمة له**) كالحبة والحبتين من الطعام؛ لأن أخذ الثمن فيه من أكل أموال الناس بالباطل، والكلام فيه كالكلام فيما لا نفع فيه ولهذا قال المؤيد[1] بصحة بيع [قليل][2] ماء لكثيرة قيمة كما في المكيلات، نحو تحريم ما لا يسكر تبعاً لتحريم ما يسكر (أو) كان له قيمة لكن (**عرض ما منع بيعه**) منعاً (**مستمراً كالوقف**) يمتنع بيعه عند من صحح الوقف من أصله ما دام ينتفع به في المقصود من وقفه، وأما من لم يصحح الوقف كأبي حنيفة ومحمد صحح البيع كما سيأتي تحقيق [في الوقف][2] إن شاء الله تعالى •

(**أو**) عرض ما منع بيعه (**حالاً**) فقط لا مستمراً (**كالطير**) إذا بيع وهو (**في الهواء**) وكان مملوكاً كالنحل والحمام التي ملكت، لا ما كان مباحاً لم يملك لأن صحة البيع فرع الملك كما علمت، ومثله السمك في الماء، قال المصنف: لأنه[أ] غرر للتردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح كبيع المعدوم والمعاومة، انتهى.

فصل: ولا يصح في ملك ولا قيمة له.

(أ) **قوله:** لأنه غرر، أقول: إشارة إلى ما أخرجه مسلم[3] من حديث أبي هريرة: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر " قال في "النهاية"[4]: الغرر هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، وقال الأزهري[5]: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة،

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٥) •

(٢) زيادة من نسخة أخرى •

(٣) في صحيحه رقم (٤ / ١٥١٣) •

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ٣٧٦) وأبو داود رقم (٣٣٧٦) والترمذي رقم (١٢٣٠) والنسائي رقم (٤٥١٨) وابن ماجة رقم (٢١٩٤) وهو حديث صحيح •

(٤) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٢٩٨) • (٥) في " تهذيب اللغة " (١٦ / ٨٣) •

قلت: مذهب الحنفية[1]، وتخريج السادة، صحة بيع العبد الآبق والمغصوب مع وجود العلة المذكورة وقياس ذلك تصحيح البيع هنا، وإن ثبت الخيار لتعذر تسليم المبيع كما

وتدخل البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان، وكل مجهول .

وفي "الهدي"[2] الغرر هو البيع نفسه فهو فعل بمعنى المفعول، أي مغرور به كالقبض بمعنى المقبوض والسلب بمعنى المسلوب، وعد منه بيع العبد الآبق والفرس الشارد والطير في الهوى، قال: ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله ولا يقدر على تسليمه ولا يعرف حقيقة مقداره .

فعرفت أن الصور التي أورد الشارح النقض بها هي من الغرر، ولا ترد على المصنف؛ لأن قول غيره لا يلزمه، إلا أنه لا يتم كلام المصنف إلا على تسليمه أن النهي يقتضي الفساد وعنوانه للفصل، فلا يصح دليل أنه قائل به، وأما المرهون فلا يرد به النقض؛ لأن تسليمه مقدور لمالكه وإن تعلق به حق الغير كبيع العين الموجودة ونحوه، فقوله: لاشتراك الجميع في انتفاع موجب العقد وهو التسليم محل تأمل .

قال ابن القيم[3]: والغرر اليسير يغتفر، فإن إجارة الدار والحانوت والحيوان مسانات لا تخلو عن غرر لأنه يعرض موت الحيوان وانهدام الدار، وكذا دخول الحمام وكذا الشرب من فم السقا فإنه غير مقدر مع اختلاف الناس في قدره وكذا بيع السلم وبيع الصبرة العظيمة التي لا يعلم مكيلها، وكذا بيع البيض والرمان والبطيخ والجوز والفستق وأمثال ذلك، فليس كل غرر سبباً للتحريم، والغرر إذا كان يسيراً ولم يمكن الاحتراز منه لم يكن مانعاً عن صحة العقد .

وفي " نهاية المجتهد"[4] وعلى الجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، وعلى أن القليل يجوز، واختلفوا في أشياء من أنواع الغرر، فبعضهم يلحقها بالكثير وبعضهم يلحقها بالقليل المباح لترددها بين القليل والكثير.

قلت: ومن هنا عرفت وجه الاختلاف في هذه المسائل التي ذكرها الشارح ونحوها [٤٧٦/٣].

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (١٠٢ / ٢٣٣ – ٢٣٤) .

(٢) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢٥) .

(٣) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢٧) .

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٠٠) بتحقيقي .

سيأتي إن شاء الله تعالى [٤٧٦/٣] في الخيارات، وإن أريد[أ] بالغرر جهل حال المبيع فغاية الأمر أن يكون كبيع الغايب يصح ويثبت فيه خيار الرؤية، فلا وجه لمنع الصحة بالأصالة، وأما المؤيد فقد منع صحة بيع الآبق ونحوه للعلة المذكورة، ومنع أبو حنيفة بيع المرهون أيضاً للعلة، وأما جواب المصنف بقوله: بيع صدر من أهله في محله فدعوى المخلية مصادرة لاشتراك الجميع في انتفاء موجب العقد وهو التسليم.

(**ولا**) يصح بيع (**في حق**) أي ليس بعين كحق الشفعة ومرور الماء ونحوهما لأن ذلك بيع للمنافع وهي معدومة، وقد عرفت عدم صحة بيع المعدوم، ولحديث: " أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الولاء " أخرجه [1] الجماعة إلا أبا داود من حديث ابن عمر.

قلت: الإجارة كذلك، وقد صحت فكانت مخصصة للنهي عن بيع المعدوم وصارت[ب] أصلاً يقاس عليها بيع الحقوق، إذ لا فرق إلا بأن الإجارة مؤقتة والبيع مطلق

(أ) قوله: وإن أريد بالغرر، أقول: الظاهر أن المصنف يفسر الغرر بالتردد في حصول البيع وعدمه، فلا ترد هذه الإرادة على رأيه، نعم كلام ابن القيم[2] قاض بأن ذلك داخل في مسمى الغرر.

(ب) قوله: فصار أصلاً يقاس عليها، أقول: لا شك أن الإجارة جرت حيث لم يجر البيع كإجارة الأحرار ونحوها، وهذا مانع عن الإلحاق وفارق لا يتم معه القياس.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٥٣٥) ومسلم رقم (١٦ / ١٥٠٦) وأبو داود رقم (٢٩١٩) والترمذي رقم (٢١٢٦) والنسائي رقم (٤٦٥٨) وابن ماجه رقم (٢٧٤٧) .

(٢) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢٥ ، ٧٢٧) .

وذلك طرد[أ] في العلة، وأما حديث النهي عن بيع الولاء فقد عرفت أن سببه حديث بريرة المتقدم وعرفناك مخالفته للقياس من وجوه فلا يقاس عليه، ولأن عدم صحة بيع الولاء إنما كان لأنه لحمة كلحمة النسب فلا ينفصل[ب] بالبيع كما لا ينفصل النسب.

(**أو حمل**) بهيمة أو أمة (**أو لبن لم ينفصلا**)[ج] عن البطن والضرع فإنه لا يصح بيعهما خلافاً لسعيد[د] بن جبير لنا في الحمل ما تقدم من النهي عن بيع المضامين،

(أ) **قوله:** وذلك طرد في العلة، أقول: لا نسلم ثبوت الجامع بين الأعيان والمنافع والنهي متوجه إلى الأعيان، ودليل ذلك وقوع الإجارة في عصره صلى الله عليه وآله وسلم، فإنها دليل على أن النهي عن بيع المعدوم متوجه إلى الأعيان على أنه لا يسلم دخول المنافع تحت لفظ البيع، ولا تشملها المناهي الواردة فيه.

(ب) **قوله:** فلا ينفصل بالبيع، أقول: كذلك السكنى في الدار لا تنفصل عن الدار، فإذا امتنع البيع في الولاء لعدم انفصاله امتنع في الدار بيع الحق أيضاً وفي سائر الحقوق، وحديث بريرة لم يهمله الناس، ويأتي لهم الاستدلال به في مواضع، فليس مما خالف القياس كما ستعرف.

(ج) **قوله:** لم ينفصلا، أقول: الأولى إفراد الضمير، إذ الحمل لا يسمى بعد الانفصال حملاً إلا مجازاً.

(د) **قوله:** خلافاً لسعيد بن جبير، أقول: سعيد لم يخالف إلا في بيع اللبن في الضرع[1] لا غير، وظاهره أنه مخالف في الكل ولم ينقل عنه في الموطأ إلا أنه لا يرى الربا في الحيوان مستدلاً أنه لم يرد النهي إلا عن ثلاثة الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة، فهذا صريح أنه روى النهي عن بيع الحمل، ولك أن تقول: أن الشارح إنما أراد به خلافه في اللبن وإن كان بعيداً لأنه اقتصر على الاستدلال للبن بالنص، وقال غيره: دليل عدم صحة بيع الحمل القياس على اللبن وليس كذلك، بل قد ثبت النص كما في حديث أبي هريرة: " أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع المضامين

---

(١) سيأتي نصه وتخريجه .

• •

و"الملاقيح [(1)]" وفسر الملاقيح" في "النهاية"[(2)] بأنها جنين الناقة، والمضامين [(3)]ما في أصلاب الفحول، وفسرها مالك في "الموطأ"[(4)] بالعكس، وعلى كلا التفسيرين فعدم صحة بيع الحمل ثابت بالنص،

---

(1) أخرج أحمد (٣ / ٢٢١ ، ٢٥٠) وأبو داود (٣ / ٦٦٨ رقم ٣٣٧) ، والترمذي (٣ / ٥٣٠ رقم ١٢٢٨) وابن ماجه (٢ / ٧٤٧ رقم ٢٢١٧) والبيهقي (٥ / ٣٠١) من حديث أنس : " أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد " .

* أخرج البزار (٢ / ٨٧ رقم ١٢٦٧ – كشف الأستار) عن أبي هريرة : " أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين " .

قال البزار : لا نعلم أحداً رواه هكذا إلا صالح ، ولم يكن بالحافظ .

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٤) وقال : " رواه البزار وفيه صالح بن أبي الأخضر وهو ضعيف " .

وعزاه ابن حجر في " التلخيص " (٣ / ١٢ رقم ١١٤٦) لإسحاق بن راهويه ، وفيه صالح بن أبي الأخضر أيضاً .

*وأخرج البزار (٢ / ٨٧ رقم ١٢٦٨ – كشف الأستار) ، والطبراني في " الكبير " (٤ / ١٠٤ – مجمع الزوائد .

*عن ابن عباس : " أن النبي ﷺ نهى عن الملاقيح والمضامين ، وحبل الحبلة " .

قلت : لم أره بهذا السياق .

قال البزار : لا نعلمه عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد .

وقال الهيثمي في " مجمع الزوائد " : " وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة ، وثقه أحمد ، وضعفه جمهور الأئمة " .

قلت : انظر ترجمته في " المجروحين " (١ / ١٠٩) و " الجرح والتعديل " (٢ / ٨٣) و " الميزان " (١ / ١٩) و " التقريب " (١ / ٣١) .

*وأخرج مالك (٢ / ٦٥٤ رقم ٦٣) مرسلاً .

عن سعيد بن المسيب ، قال :"لا ربا في الحيوان ، وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة :عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ".

*وفي الباب : عن عمران بن حصين ، وهو في البيوع لابن أبي عاصم – كما في " تلخيص الحبير " (٣ / ٧ رقم ١١٣٢) وعن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق في " المصنف " (٨ / ٢١ رقم ١٤١٣٨) . وإسناده قوي قاله ابن حجر في " التلخيص " (٣ / ١٢ رقم ١١٤٦) .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٦٠٩) .

(٣) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٩٤) . (٤) في " الموطأ " (٢ / ٦٥٤ رقم ٦٣) .

وبه تعرف أن قول الشارح أنه قياس على اللبن وأن قياسه على بيع الصبرة أظهـــر غـــير صـــحيح، وعكس ابن بهران فجعل اللبن مقيساً على الحمل.

والحق ثبوت النص في الأمرين، ولا قياس لأحدهما على الآخر. وأخرج أحمد [1]من حديث أبي سعيد رضي الله عنه " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى يضعن، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد وهوآبق، وعن شراء المغانم حتى تقســم، وعـــن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص " في "النهاية " [2]نهى عن ضربة الغـــايص هـــو أن يقول الغايص في البحر للتاجر: أغوص غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا، نهى عنه لأنه غرر، انتهى.

وأخرجه ابن ماجة [3]أيضاً وهو من حديث شهر بن حوشب، ولهم فيه كلام قد قـــدمناه في كتـــاب الصلاة، وأنه قال ابن عون: إن شهراً نزكوه بالزاي، وقال ابن معين أنه ثقة، وقال النســـائي وابـــن عدي ليس بالقوي ذكره الذهبي، وأطال في ترجمته في "الميزان" [4]، وقد أخرج الترمـــذي [5]منـــه حديث شراء المغانم وقال غريب.

واعلم أنها اختلفت نسخ الضوء هنا، فالنسخة التي عليها خط المصنف هي التي تكلمنا عليها، وفيها الاستدلال بقياس الحمل على اللبن، والقول بأن قياسه على الصبرة أظهر، وفي نســـخة الاســـتدلال بحديث المضامين وهي الأولى.

---

(١) في " المسند " (٣ / ٤٢) .

قلت : وأخرجه ابن ماجه رقم (٢١٩٦) والترمذي رقم (١٥٦٣)

وهو حديث ضعيف .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٣٢٨) .

(٣) في " السنن " رقم (٢١٩٦) وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

(٤) في " ميزان الاعتدال " (٢ / ٢٨٣ رقم ٣٧٥٦) .

(٥) في " السنن " رقم (١٥٦٣) .

وفي اللبن والصوف حديث ابن عباس رضي الله عنه: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع " أخرجه الدارقطني[١] والبيهقي[٢]والطبراني في "الأوسط"[٣]، قالوا من طريق عمرو[٤] بن فروخ[أ] وليس بالقوي، وقد تفرد برفعه ووصله؛ لأن وكيعاً أرسله كما هو في "المراسيل" [٥]لأبي داود وابن أبي شيبة[٦]، وليس في رواية وكيع ذكر اللبن أيضاً.

قلنا: وثقه ابن معين [٤] وأبو داود وأبو حاتم قلنا : تفرده بالرفع، وقد وقفه غيره على ابن عباس وهو المحفوظ، علة لا تغتفر[ب] إلا للجهابذة لا لمثل عمرو فإن الشافعي[٧]

(أ) **قوله:** عمرو بن فروخ، أقول: في نسخة الشارح بفتح المهملة وسكون الميم وهو سبق قلم، فالذي في كتب الرجال عمر بضمها وفتح الميم، وفروخ بفتح الفاء وتشديد الراء المضمومة وآخره خاء معجمة، البصري قال في التقريب: صدوق وربما وهم.

(ب) **قوله:** لا تغتفر إلا للجهابذة، أقول: يقال بعد ثقة الراوي فروايته المرفوعة تؤكدها المرسلة وحمله على أنه وقفه تارة ورفعه أخرى أي مانع عنه، وقد اغتفر هذا للجهابذة ومن كان ثقة مثلهم في أصل الرواية وقبول الزيادة، فلا قدح في إغفال اللبن [الرفع][٨] في مرسل، وكيع هذا ولابن القيم [٩] تفصيل في بيع اللبن في الضرع، وحكي عن شيخه أنه أجاز بيع بعض الصور.

---

(١) في " السنن " (٣ / ١٤ رقم ٤٠) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٤٠) .

(٣) رقم (٣٧٠٨) .

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٢) وقال : رجاله ثقات . وهو حديث صحيح لغيره .

(٤) انظر : " تهذيب التهذيب " (٣ / ٢٤٦)

(٥) في المراسيل لأبي داود رقم (١٨٣) .

(٦) في " المصنف " (٦ / ٥٣٤ رقم (١٩٥٩) كلاهما عن عكرمة مرسلاً .

(٧) في " مسنده " رقم (٥٠٢ – ترتيب) بسند ضعيف لضعف موسى بن عبيدة الربذي .

(٨) زيادة من نسخة أخرى .

(٩) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٢٩ – ٧٣٠) .

وأبا داود أخرجاه من وجهين آخرين موقوفين على ابن عباس، وغاية الأمر أن يكون بيعهما من بيع الغايب يصح ويثبت فيهما خيار الرؤية [على أن عدم تصحيح[1] بيع الحمل إنما كان قياساً على اللبن، وقياسه على بيع الصبرة في الصبرة أظهر][2] (**أو ثمر قبل**)[أ] وقت (**نفعه أو بعده قبل صلاحه**) لما يراد منه، وقال زيد والمؤيد[3] والإمام يحيى والفريقان [4]يصح بيع الثمر بعد نفعه وقبل صلاحه، إلا أن زيداً[5] والشافعي[6] صححاه إذا شرط[ب] القطع والمؤيد وأبا حنيفة مطلقاً.................

(أ) **قال:** أو ثمر، أقول: [الثمر] [2]بالمثلثة في الجامع الثمر من كل شجرة معروف وهو بثمر النخل أخص، وفي شرح مسلم [7]على حديث: لا تبيعوا الثمر بالتمر، ضبط الأول بالمثلثة والثاني بالمثناة.

(ب) **قوله:** إذا شرط القطع، أقول: قال ابن دقيق العيد[8]: إن الفقهاء أخرجوا من تحريم بيع الثمر قبل صلاحه بيعه بشرط القطع، فقالوا: بصحته وهو يوافق القيل الذي سيأتي، ويدل على أنه للفقهاء الأربعة.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٦٩) : " ... فليت شعري ماهو الحامل للجلال على التلاعب بالأدلة والتكلف لردها بما هو سراب بقيعة ، وهباء في الهواء ،فإن كان ذلك لمحبته للاعتراض على ما قد وقع تدوينه في هذا الكتاب ، فهذا أمر لا يعجز عنه أحد ، ولكن الرزية كل الرزية أنه صدر نفسه للتكلم على أدلة الكتاب والسنة المتعلقة بهذه المسائل ، ثم تجرأ على ردها بما هو أوهن من بيت العنكبوت ، وخبط وخلط وركب الشطط وجاء باقبح الغلط فكان ذلك جناية على الشارع والشرع اللهم غفراً .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٤) .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٥٢ – ٢٥٣) " شرح فتح القدير " (٦ / ٢٦٤) .

(٥) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٥) .

(٦) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٥٢) .

(٧)في صحيحه رقم (٥٧ / ١٥٣٤) .

(٨) في " إحكام الأحكام " (ص ٧٠٢) حيث قال : أكثر الأمة على أنَّ هذا النهي نهي تحريم ، والفقهاء أخرجوا من هذا العموم بيعها بشرط القطع

تنبيـه: لم يتعرض الشارح للخلاف في الجوائح، وقد ذكر أحاديثها وتأولها فلا غنى عن بيانها، قال في " نهاية المجتهد"[1]: ما حاصله أنه قد ذكر في الحديث الجوائح فيحسن بيان المراد بها ومحلها وزمانها ومقدارها ومن ذهب إليها ومن لا وما دليل من لم يقل بها.

أما الجوائح فكلما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط فلا خلاف في المذهب أنها جائحة والعطش جائحة عند الجميع، وما كان من الآدميين كالسرقة ونحوها ففيه خلاف منهم من لم يرها جائحة، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " أرأيت إن منع الله "[2] ومن قال إنها جائحة شبهها بالأمور السماوية، وأما محل الجوائح فالثمار بلا خلاف في المذهب، وأما البقول ففيها خلاف الأشهر إلحاقها بالثمار في ثبوت الجائحة، وأما القدر الذي تجب فيه الجائحة .

ففي الثمار قيل يعتبر في الثلث، فإذا ذهب الثلث من الثمر وضع من الثمن قدره، ولهم خلاف هل يعتبر الثلث من القيمة أو الثلث من الكيل، قالوا: وإنما اعتبر الثلث لأن القليل معلوم بالعادة أنه يذهب فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق، قالوا: فوجب التقدير فاعتبر بالثلث؛ لأن الشارع قد اعتبره في مواضع هذا كلام المالكية.

وأما في البقول فيعتبر في قليلها وكثيرها، وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمن الذي تحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الأشجار حتى يستوي في الطيب واختلفوا فيما لو بقّاه بعد الطيب لبيعه شيئاً فشيئاً .

إذا عرفت هذا في حقيقة الجايحة ومحلها وزمانها وقدرها، فاعلم أنهم اختلفوا في القول بها، فقال بالحكم بها: مالك وأصحابه، ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد، والليث، عمدة من قال بها حديث جابر[3]" أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من باع

---

(١) " بداية المجتهد " (٣ / ٢٩٣ – ٢٩٤) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٢٠٨) ومسلم رقم (١٥ / ١٦ / ١٥٥٥) كلاهما من حديث أنس رضي الله عنه .

(٣) أخرجه مسلم رقم (١٤ / ١٥٥٤) وأبو داود رقم (٣٤٧٠) والنسائي رقم (٤٥٢٧ ، ٤٥٢٨ ، ٤٥٢٩) وابن ماجه رقم (٢٢١٩) والدارمي (٢ / ٢٥٢) والطحاوي في" شرح معاني الآثار (٤ / ٣٤) والبيهقي=

تمراً فأصابته جائحة فلا يأخذن من أخيه شيئاً، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه " أخرجه مسلم [(١)]
وما روى عنه من قوله: أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بوضع الجوائح، فعمدة من قال بها حديث جابر هذا، وقياس الشبه، وذلك أنهم قالوا: مبيع بقي على البائع حق حتى يوفيه، بدليل ما عليه من سقيه حتى يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه أصل سائر المبيعات التي بقي فيها حق حتى يوفيه، والفرق عندهم بين هذا المبيع وسائر المبيعات أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات .

وأما عمدة من لم يقل بها فتشبيه هذا البيع بساير المبيعات، وأن التخلية في هذا البيع هو القبض، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري.

ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري [(٢)]قال : اجْتِيحَ رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك، قالوا: فلم يحكم بالجائحة .

فسبب الخلاف في هذه المسألة تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل فقال: من منع الجايحة يشبه أن يكون الأمر بها بعد النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، قالوا: ويشهد لذلك أنهم لما أكثروا شكواهم بالجوائح أمروا بأن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه، وذلك في حديث زيد ابن ثابت المشهور.

= (٥ / ٣٠٦) .
وهو حديث صحيح .

(١) في صحيحه رقم (٤ / ١٥٥٤) وقد تقدم .

(٢) أخرجه مسلم رقم (١٨ / ١٥٥٦) وأبو داود رقم (٣٤٦٩) والترمذي رقم (٦٥٥) والنسائي رقم (٤٥٣٠) وابن ماجه رقم (٢٣٥٦) . وهو حديث صحيح .

وقال: من أجازها في حديث أبي سعيد الخدري يمكن أن [٤٧٧/٣] يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجايحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر لا تلزم فيه جايحة، أو أنه أصيب في غير الوقت الذي يلزم فيه الجايحة مثل أن يصاب بعد الجذوذ أو بعد الطيب. وأما الشافعي[١] فروى حديث جابر عن سلمان بن عفيف عن جابر وكان يضعفه ويقول: إنه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه، ولكنه قال: إن ثبت الحديث فيه وجب وضعها في القليل، ولا خلاف بينهم في وضع الجايحة في العطش وقد جعل القائلون بها إجماعهم في هذا حجة على إثباتها. انتهى.

قلت: وقوله: أن الشارع اعتبر الثلث في مواضع وذلك في الوصية "والثلث كثير"[٢]، وهذا نظير قول أهل المذهب في الاستدلال على إيجاب الفطرة على من ملك قوت عشرة أيام، لأنه اعتبرها الشارع في أيام الحيض ونحوها، ولا يخفى على منصف ضعف هذا الاستدلال وأنه لا يتمشى في بصلة فضلاً عن أحكام شرعية يكلف بها العباد، فالأحسن هنا كلام الشافعي وثبوت ذلك في القليل والكثير إلا ما يتسامح به مما لا ينضبط، فإنه قال في "النهاية "[٣]قال الشافعي: لو قلت بالجايحة لقلت بها في القليل والكثير، وقد قالت المالكية[٤]: يقول الشافعي في البقول كما سلف ولا وجه للتفرقة بينها وبين الأثمار، بل هي أي البقول لم يثبت فيها الحكم إلا قياساً على الأثمار فليس للفرع أن يزيد على أصل. وإنما أطلنا هذا ليعلم الواقف أن أهل الفروع من أئمة المذاهب كلها لهم فروع لا يقوم

---

(١) في " الأم " (٤ / ١١٨) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٧٤٢) ومسلم رقم (٥ / ١٦٢٨) والترمذي رقم (٢١١٦) والنسائي رقم (٣٦٢٦) وابن ماجة رقم (٢٧٠٨) .

وهو حديث صحيح وقد تقدم .

قال أبو داود في " السنن " (٣ / ٦٧١) : لم يصح في الثلث شيء عن النبي ﷺ وهو رأي أهل المدينة.

انظر : " الاستذكار " (١٩ / ١١٢) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٦٢) .

(٣) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٦٣) .

(٤) انظر : " بداية المجتهد " (٣ / ٣٦٢) .

لكن قال أبو حنيفة[1]: يلزم القطع، أما إذا شرط البقاء لم يصح البيع، وفاقاً لما سيأتي من النهي عن بيع وشرط لنا حديث أنس المقدمان [2]في النهي عن بيع الحب حتى يشتد، وبيع العنب حتى يسود، وعند الجماعة [3]من حديث ابن عمر: " لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا التمر بالثمر " وفي لفظ لهم[4] إلا البخاري نهى عن بيع النخل حتى يزهو[أ] وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وبمعناه عندهم، إلا أبا داود والترمذي من

عليها دليل يعتمد. وقولنا: إلا ما يتسامح به قد صرح به في منتهى [5]الحنابلة حيث قال: وما تلف سواء يسير لا ينضبط ولو بعد قبض، فعلى البايع، ويأتي لفظه في فصل تلف المبيع واستحقاقه، ويأتي هنا كلام أهل المذهب في حديث الجوائح، وأنهم قائلون به على تقييدات لهم وحملوه على ما تسمعه إن شاء الله، وكان الأليق بنا تأخير الكلام إلى هنالك، إلا أنه وقع هذا هنا رغبة في تقييد الفائدة.

(أ) **قوله:** يزهو، أقول: في غريب الجامع [6]زهى النخل يزهو إذا ظهرت ثمرته، وروى يزهى يقال: أزهى البسر إذا أحمر وأصفر، وذهب قوم إلى أنه لا يقال في النخل يزهو بل يزهى لا غير والعاهة الآفة تصيب الثمر.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٧٤) .

(٢) كل منهما حديث صحيح .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢١٩٤) ومسلم رقم (٤٩ / ١٥٣٤) وأبو داود رقم (٣٣٦٧) والنسائي رقم (٤٥١٩) وابن ماجة رقم (٢٢١٤) وأحمد (٤ / ٣٧ ، ٤٦) .

(٤) أخرجه أحمد (٢ / ٥) ومسلم رقم (٥٠ / ١٥٣٥) وأبو داود رقم (٣٣٦٨) والترمذي رقم (١٢٢٦) والنسائي رقم (٤٥٥١) .

(٥) " منتهي الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات " لابن النجار [ت : ٩٧٢ هـ] .

(٦) " جامع الأصول في أحاديث الرسول " لابن الأثير (١ / ٤٦٥) .

حديث أنس أيضاً ومن حديث جابر قالوا: لأن سبب[أ] النهي ما أخرجه البخاري [1]وأبو داود[2] من حديث زيد بن ثابت: " أن الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كانوا يبتاعون الثمار، فإذا جذ الناس الثمار وحضر تقاضيهم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض أصابه قشام عاهات يحتجون بها، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: أما لا فلا تبايعوا[ب] حتى يبدو صلاح الثمر كالمشورة يشير بها " .

(أ) **قوله:** لأن سبب النهي، أقول: الأولى حذف لأن وقوله: جذ الناس بالجيم والمعجمة والجذاذ [3] صِرام النخل وهو قطع ثمرها وأخذها من الشجر، والدمان[4] بفتح المهملة وتخفيف الميم فساد الثمر وعفنه قبل إدراكه، حتى يسود والمراض[5] بضم الميم وتخفيف الراء داءٌ يقع في الثمر فيهلكه، والقشام[6] بضم القاف فشين معجمة هو أن ينقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً.

(ب) **قوله:** أما لا أقول: أصله أن وما زائدة فأدغمت النون فيها، والمعنى أن لم يفعل هذا فليكن هذا واشتداد الحب قوته وصلابته، ولا يخفى أن الحجة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر " فإنه نهى عن البيع والشراء.

وأما قول الراوي كالمشورة فإنه ظن منه أنه صلى الله عليه وسلم أراد ذلك ولم يجزم، بل أتى بالكاف كالمتردد في ذلك فلا ينهض قرينة على جعل النهي للإرشاد، وقد أخرج الشيخان[7] وأبو داود والترمذي والنسائي النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه بألفاظ عديدة منضمة إلى مناهي النهي

---

(1) في صحيحه رقم (٢١٩٣) معلقاً .

(2) في " السنن " رقم (٣٣٧٢) وهو حديث صحيح .

(3) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٢٤٥) .

(4) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٥٨٤) .

(5) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٦٥١) .

(6) تفسير غريب مافي الصحيحين " للحميدي (٣٨ / ٤) .

(7) أخرجه البخاري رقم (٢١٩٤) ومسلم رقم (٤٩ / ١٥٣٤) وابو داود رقم (٣٣٦٧) والنسائي رقم (٤٥١٩) وابن ماجه رقم (٢٢١٤) كلهم من حديث ابن عمر رضي الله عنه وقد تقدم . =

قلت [٣/٤٧٧]: ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم قد أمر بوضع الجوائح، كما أخرجه مسلم[١] وأبو داود[٢] والنسائي[٣] من حديث جابر فلم يبق للنهي فائدة غير

عنها للتحريم،وإن كانت دلالة الاقتران فيها مقال، إلا أن هذه مقويات لبقاء النهي على حقيقته .

وأما أمر البائعين بوضع الجوائح فإنه دليل على أنه لم يصح البيع إذ لم يصح البيع إذ لو قد صح ونفذ لكان التالف من مال المشتري، ولا يلزم البائع شيء من ذلك. وكذلك حديث[٤] "بما تأخذ مال أخيك بغير حق" دليل على أنه لم يصح البيع، وأن النهي للتحريم يجعله أكلاً لَهُ بغير الحق والتحريم هو الأحوط والأظهر.

قلت: واعلم أن الحديث بلفظ قبل أن يبدو صلاحه لا يصح أن يراد به صلاحه كله وإلا لقال صلى الله عليه وآله وسلم قبل صلاح جميعه بل ذكر بدوّ الصلاح وهو يصدق بصلاح هبة واحدة منه فإنه يطلق عليه بعد أن قد بدا صلاح هذه الثمرة، هذا مقتضى لفظه صلى الله عليه وآله وسلم، وعليه يحمل حتى يحمر ويزهو أي البعض منه، ولأنها قد جرت حكمة الله تعالى ولطفه بعباده أن لا تصلح الثمار إلا شيئاً فشيئاً ليكمل انتفاع العباد به، وتطول مدة التفكه بالفاكهة، فلو قلنا لا بد من صلاحه جميعاً لما تم صلاح آخره إلا وقد فسد أوله وبطل الانتفاع به، وقد ثبت النهي عن إضاعة المال وأيضاً فالناس على هذا متى بدأ صلاح أول الفاكهة من عنب ورطب وبرقوق وغيرها يبتاعونها في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وبعده إلى الآن في جميع أقطار الدنيا، ولا يعلم قط أنه لا يبيع أحد عنباً أو تمراً حتى يصلح جميعه ولا تبقى منه حبة واحدة بغير صلاح، وبهذا تعرف أنه كان على المصنف أن يقول بعد بدو صلاحه.

= وتقدم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وهو حديث صحيح .

وتقدم من حديث أنس رضي الله عنه وهو حديث صحيح .

(١) في صحيحه رقم (١٧ / ١٥٥٤) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٧٠) .

(٣) في " السنن "رقم (٤٥٢٩) وهو حديث صحيح .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

الإرشاد، وأما ما في حديث أنس[١] من لفظ أن منع الله تعالى الثمرة بم تستحل مال أخيك، فمدرج من قول أنس لا من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم صرح به الدارقطني، وقال من رفعه فقد أخطأ.

قلت: إلا أنه في حديث جابر مرفوعاً عند مسلم [٢]بلفظ: " إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جايحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق " وكل ذلك ظاهر في أن النهي للإرشاد دفعاً للخصومة كما في الأمر بالإشهاد .

(**قيل**) قال الإمام يحيى[٣] أن القاسم والهادي لا يصححان بيع الثمر قبل نفعه وصلاحه (**إلا**) إذا لم يشترط على المشتري القطع، أما إذا كان البيع منه (**بشرط القطع**) فإنهما يصححانه، واستضعف المصنف هذا التفصيل لهما، وقال ظاهر كلامهما الإطلاق، وإنما ذلك قول المؤيد بالله في بيعه قبل نفعه.

(**ولا**) يصح بيع الثمر (**بعدهما**) أي بعد نفعه وصلاحه إذا كان البيع (**بشرط البقاء**) اتفاقاً أن جهلت مدة البقاء، قال الإمام يحيى[٣] فإن علمت صح عند القاسمية إذ لا غرر، وقال المؤيد بالله يرجع من بيع وشرط فلا يصح ذلك، وهو ظاهر إطلاق المصنف هنا للمنع .

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) في صحيحه رقم (١٤ / ١٥٥٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ١٥) .

(**ولا**) يصح البيع (**فيما يخرج**) من الخضروات (**شيئاً فشيئاً**) نحو اللـيم والموز، لأن بعض[أ] المبيع يكون معدوماً فيكون ثمن الموجود مجهولاً، فيكون البيع فاسداً في الجميع للعلتين.

(**ويصح استثناء**) البائع (**هذه**) الصور الممنوعة الأخيرة -هي- الحق والحمل واللبن والثمر وما يخرج شيئاً فشيئاً لكن في استثناء الثمر وما يخرج شيئاً فشيئاً وهم، لأنها لا تدخل في بيع شجرها كما هو المفروض، والاستثناء إنما يخرج به ما دخل، وكذا لا يشترط في استثناء الحق أن يكون (**مدة معلومة**) .

(أ) **قوله:** لأن بعض المبيع يكون معدوماً، أقول: قال ابن بهران أنه خالف في هذا مالك، وقال إنه إذا ظهرت الثمرة الأولى صح بيعها مع التي لم تظهر، وقد قدمنا أن في الهدي النبوي [1] في فصل المبيع يتعين في قوله والمبيع الموقوف أن المعدوم ثلاثة أقسام، موصوف مضمون في الذمة، فهذا يجوز بيعه اتفاقاً، وهذا هو السلم ويأتي ذكره، الثاني: معدوم تبع للموجود وإن كان أكثر منه، وهو نوعان: نوع متفق عليه ونوع مختلف فيه. [إلى أن قال]: [2]فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منه وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود، وقد يكون المعدوم متصلاً بالموجود، وقد يكون أعياناً آخر منفصلاً عن الموجود ولم يخلق بعد، والنوع المختلف فيه كبيع المقاثي والمباطخ إذا طابت فهذا فيه قولان: أحدها: يجوز بيعها جملة ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة، ويجري مجرى الثمرة بعد بدو صلاحها، وهذا التصحيح من القولين الذي استمر عليه عمل الأمة ولا غنى لهم عنه، ولم يأت بالمنع عنه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا أثر ولا قياس صحيح، وهو مذهب مالك وأهل المدينة، وأحد القولين في مذهب أحمد، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وطول الكلام في ذلك وقد سبق هذا.

---

(١) "زاد المعاد " (٥ / ٧١٦ – ٧١٧) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

ولهذا قال المصنف: (**و**) أما (**الحق**) فيصح استثناؤه (**مطلقاً**) لأنه كما لو استثنى بعض المبيع فإنه يبقى في ملكه دائماً، وأما الحمل واللبن فمنع الفريقان[1]، والإمام يحيى[2] صحة استثنائهما لأنه من بيع وشرط، قلنا: كلو[أ] استثنى سكنى الدار مدة معلومة.

قلت: لا ينتهض على رأي أصحاب الشافعي أيضاً لمنعهم صحة استثناء السكنى ونحوها، قلنا: ثبت عند الجماعة إلا الموطأ من حديث جابر[3] في قصة إعياء جمله ونخس النبي صلى الله عليه وآله وسلم له، ومساومته له فيه، أنه قال: "فبعته إياه على أن لي فقار ظهره[ب] حتى أبلغ المدينة "، وفي رواية للشيخين[4]: فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي،

(أ) **قوله:** كلو استثنى سكنى الدار مدة معلومة، أقول: مثله في "البحر"[5]، وقال عليه [في][6] "المنار"[7] قياس الأعيان على المنافع غير تام ألا ترى أنه لا يصح بيع العين المعدومة ويصح استئجارها. قلت: وقدمنا لك الفارق بين العين والحق.

(ب) **قوله:** فقار، أقول: بالفاء فالقاف فالراء مفتوحات هو ما انتضد من عظام الصلب من لدن الكاهل إلى العجب كما في "القاموس"[8]، يقال: أفقرتك ناقتي أي: أعرتك فقارها لتركبها.

---

(١) انظر : " البيان " للعمراني (٥ / ١٣٦ – ١٣٧) " رؤوس المسائل " لأبي المواهب العكبري (٢ / ٧٠٨ رقم ٤٥ / ٧٠٧) " الإفصاح عن معاني الصحاح " (٥ / ١١٢ – ١١٤) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٣) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) أخرجه البخاري رقم (٢٩٦٧) ومسلم رقم (١١٠ / ٧١٥) والبيهقي في " السنن " (٥ / ٣٣٧) .

(٥) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٣) .

(٦) زيادة من نسخة اخرى .

(٧) (٢ / ٢٣ – ٢٤) .

(٨) " القاموس المحيط " (ص ٥٨٨) .

قالوا: مضطرب المتن[أ] لأنه عند الجماعة أيضاً بلفظ: قد أخذته منك بأربعة دنانير، ولك ظهره إلى المدينة[١]، وفي رواية: "قد أخذته فتبلغ به إلى المدينة"، وقال البخاري: قال جابر: "أفقرني النبي صلى الله عليه وآله وسلم ظهره إلى المدينة"[٢]، وذلك تبرع لا شرط، قلنا: وقال روايات الاشتراط أكثر وأصح، قالوا: لا تـدفع الاضـطراب لا سـيما وفي الحديث عندهم [٣/٤٧٨] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له: ما كنت لآخـذ

(أ) **قوله:** قالوا مضطرب المتن، أقول: قال البخاري قال جابر: أفقرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ظهره إلى المدينة، وفي أخرى قال: وبعته على أن لي فقاره حتى أبلغ المدينة، وقال في أخـرى: لك ظهره إلى المدينة، وفي أخرى وشروط ظهره إلى المدينة، قال البخاري[٣]: الاشتراط أكثر وأصح عندي.

قلت: فاندفع الاضطراب في المتن وهو محل الاستدلال، فإنه إنما يكون بين روايات وألفاظ مستويات في الصحة لا يرجح بعضها على بعض، وقد رجح إمام الحفاظ رواية الاشتراط فزال بها الاضطراب.

نكتة: استدل المصنف هنا بحديث جابر أيضاً إلا أنه قال: أنه باع ناقة منه صلى الله عليه وآله وسلم واستثنى حلابها إلى المدينـة، وهـذا لا يعـرف في كتـاب مـن كتـب الحـديث، وقـد نبـه عليه "المنار" [٤] [٣/٤٧٨].

---

(١) انظر: " فتح الباري " (٥ / ٣١٤) وقد ذكر الروايات جميعها هناك .

(٢) أخرج البخاري في صحيحه (٥ / ٣١٤ – مع الفتح) وقال أبو الزبير عن جابر " أفقرناك ظهره إلى المدينة " .

(٣) في صحيحه (٥ / ٣١٤ – مع الفتح) .

(٤) (٢ / ٢٣) حيث قال المعروف أنه جمل والمستثنى حملانه وأما حديث الناقة والحلاب ، فما رأيته في بحثـي طـول عمري إلا في هذا الموضع ، وقد سكت عنه المخرج كعادته فيما لم يجده ، وقد أظن أنه عبر عـن الجمـل بالناقـة ، وتحرف إلى الحملان .

جملك فخذ جملك فهو مالك فلا بيع[أ] وإنما المساومة ملاطفة كما داعبه في الحديث بذكر الزواج، وقوله: "إلا بكراً تلاعبها وتلاعبك"[١] وأيضاً[ب] في القيمة اضطراب شديد ففي

(أ) **قوله:** فلا بيع، أقول: ألفاظ الحديث صريحة في البيع، وأنه صلى الله عليه وآله وسلم وهبه لجابر بعد ملكه له، ففيها أنه لما دخل صلى الله عليه وآله وسلم مسجده بالمدينة قال جابر: عقلت الجمل بناحية البلاط، فقلت له هذا جملك فخرج يطيف به ويقول: الجمل جملنا فبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم بأواق من ذهب فقال: أعطوها جابراً، ثم قال: استوفيت الثمن؟ قلت: نعم، قال: الثمن والجمل لك، وفي لفظ: " قال جابر قال لي النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعني جملك قلت: لا بل هو لك، فقال: بعنيه، فقلت: لا بل هو لك يا رسول الله، قال لي: بعنيه، قلت: فإن لرجل علي أوقية من ذهب فهو لك، قال: قد أخذته فتبلغ عليه إلى المدينة " وفي لفظ له: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعنيه بأوقية، فقلت: لا، قال: بعنيه بأوقية فبعته " وألفاظ الروايات كما ترى صريحة في البيع.

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " ما كنت لآخذ جملك " فالمراد لا أقبضه، وإلا فقد صرح بأخذه الذي هو الشراء، ثم يقال للشارح وهلاَّ قلت أنه اضطراب في الحديث فلا دلالة على الملاطفة، وكأنه قال ذلك على تقدير التسليم.

(ب) **قوله:** وأيضاً في القيمة اضطراب شديد، أقول: قال البخاري في رواية أنه اشتراه بأوقية وفي أخرى بأربعة دنانير، قال البخاري[٣]: وهذا يكون أوقية على حساب الدينار بعشرة دراهم، وقال في أخرى: أوقية ذهب، وفي أخرى: مائتي درهم، وفي أخرى أحسبه قال: بأربع أواقي، وفي أخرى بعشرين ديناراً، قال البخاري[٣]: وقول الشعبي بوقية أكثر.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح.

(٢) أخرجها البخاري رقم (٢٧١٨) ومسلم رقم (١٠٩ / ٧١٥).

(٣) في صحيحه (٥ / ٣١٤ - مع الفتح).

رواية [٢] بوقية وفي أخرى بأربعة[١] دنانير، وفي أخرى بخمس [٢]أواقي، وفي أخرى: بمائتي[٣] درهم، وفي أخرى: بأربع[٤] أواقي، وفي أخرى: بعشرين ديناراً[٥]، وغير ذلك.

(**و**) إذا صححنا استثناء اللبن فإن (**نفقة مستثني اللبن على مشتريه**) لأن النفقة[أ] للبقاء لا للنما وهي المعتاد (**ويمنع**) المشتري (**إتلافه**) حتى يستوفي

قلت فزال ما قاله من الاضطراب بالترجيح ورأيت بعد هذا في "شرح العمدة "[٦]ما ذكرناه من الترجيح في حديث جابر ووصيَّ في معرفة هذه القاعدة[٧] وقد مضى للشارح مراراً أنه لا اضطراب إلا مع فقد الترجيح، ولكنه يدعي الاضطراب في محلات أحد ألفاظها راجحة كدعواه ذلك في المتعة، وقد أخرج أئمة الحديث، لفظ الاشتراط مستدلين به على ذلك، وبه يثبت صحة استثناء الحق مطلقاً؛ لأن الحمل على البعير حق، وقد صح استثناؤه فيصح في كل حق لعدم الفارق، وقد استثنى الفتح والأثمار من الحقوق الشفعة فإنه لا يصح استثناؤها.

(أ) **قوله:** لأن النفقة للبقاء لا للنماء، أقول: بل النفقة لهما البقاء والنماء، ثم إنه ليس الكلام في بقاء ولا نماء، بل في فائدة من فوائد المبيع وهو اللبن، وقد رضي المشتري بجعل هذه الفائدة لغيره فالنفقة للعين التي ملكها وسمح بفائدتها.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٧١٨) ومسلم رقم (١١٧ / ٧١٥) .

(٢) أخرجه أحمد (٣ / ٣٧٢ ، ٣٧٣) ومسلم رقم (١١٣ / ٧١٥) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٧١٨) .

(٤) انظر : " فتح الباري " (٥ / ٣١٤ – ٣١٥) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٧١٨) .

(٦) في إحكام الأحكام " (ص ٧٢٥) .

(٧) وهي قوله : " ... وقد أشار بعض الناس إلى أن اختلاف الرواة في ألفاظ الحديث مما يمنع الاحتجاج به على هذا المطلب ، فإن بعض الألفاظ صريح في الاشتراط ، وبعضها لا ، فيقول : إذا اختلفت الروايات ، وكانت الحجة ببعضها دون بعض توقف الاحتجاج .

فنقول : ابن دقيق العيد – هذا صحيح ، لكن بشرط تكافؤ الروايات ، أو تقاربها ، أما إذا كان الترجيح واقعاً =

صاحب اللبن مدته لتعلق حقه بالمبيع (***ولا ضمان إن فعل***) الإتلاف إذ لم يتلف عليه عيناً موجودة، وإنما أتلف[أ] حقاً، ولذا قال: (***إلا***) أن الضمان يثبت (***في***) إتلاف شجر (***مستثني الثمر***) الموجود حال البيع لأنه إتلاف عين موجودة.

(***ولا***) يصح بيع (***في جزء غير مشاع***) بل معين (***من حي***) كرأس الشاة لمنعه تصرف المشتري، وهو رفع لموجب العقد، قيل: إلا أن يعلم انحصار تصرف المشتري في الذبح كشاة القصار.

(***ولا***) يصح بيع (***في مشترى أو موهوب***) بعوض (***قبل قبضه***) من بائعه أو واهبه فأما ما عدا المشتري والموهوب كالوصية والنذر والمهر وعوض الخلع ونحو ذلك فيصح بيعها قبل القبض، وقال الشافعي[1] وكذا يجوز بيع المشتري والموهوب من البائع

(أ) **قوله:** وإنما أتلف حقاً، أقول: كتب عليه والدي رضوان الله عليه فيه نظر بأن الحقوق منافع والمنافع مضمونة، وفي شرح الأثمار قيل: لعل وجه الفرق بين الحيوان وغيره في أن المشتري لا يضمن في الحيوان المستثني اللبن إلا أتلفه ويضمن في الشجرة ونحوها أن الغالب في غير الحيوان البقاء ما لم يتلفه متلف بخلاف الحيوان فإنه يموت إن لم يذكى ونحوه، وقد نظر هذا الفرق وصحح استوائهما في وجوب الضمان، وقيل يضمن ما بين القيمتين، لأن المنفعة مملوكة كالعين في ضمانها، وإلا لزم أن الغاصب لا يضمن الأجرة حيث استعمل المغصوب، لأنه لم يتلف عيناً موجودة.

= لبعضها – إما لأن رواته أكثر أو أحفظ – فينبغي العمل بها ؛ إذ الأضعف لايكون مانعاً من العمل بالأقوى ، والمرجوح لايدفع التمسك بالراجح ، فتمسك بهذا الأصل فإنه نافع في مواضع .

" إحكام الأحكام " (ص ٧٢٥) .

(١) " البيان " للعمراني (٨ / ١٢١ – ١٢٢) .

والواهب أيضاً، وقال أبو حنيفة بل ومن غيرهما في غير المنقول، لنا[أ] أن علة النهي فيما تقدم من حديثي ابن عمر[1] وابن عباس[2] رضي الله عنهما المتفق عليهما في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه هي تملكه بعوض، هو مال وهي موجودة في كل ما ملك بعوض هو مال.

وأجاب الشافعي بمنع أن العلة ما ذكر بل العلة كون ما لم يقبض كما ليس عند البائع لجواز تعذر القبض من البائع الأول، فإذا بيع منه فهو كبيع ما في الذمة وهو كالحاضر المقبوض، ويشهد له ما عند أحمد[3] وأصحاب السنن[4] وابن حبان[5] والحاكم[6] والبيهقي[7] من حديث ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالنقيع بالدنانير وآخذ

(أ) **قوله:** لنا أن علة النهي.. إلخ، أقول: لا دليل على أن ما ذكره علة النهي، إلا الشبه وليس بمسلك في الأصح، كما أنه لا دليل على أنها كون ما لم يقبض كما ليس عند البائع، كما قال الشافعي فالأقرب قصر الحكم على المبيع مطلقاً من البائع وغيره، وحديث ابن عمر[8] الذي نقله الشارح شاهداً لكلام الشافعي غير ناهض، فإنما أعلمه النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن البأس منتف إذا لم تحصل النسيئة بينهما، وأما فهمهم أنه يصح بيع ما لم يقبض منه فبعيد على أنه لو سلم ما قاوم صريح النهي في بيع ما لم يقبضه البائع.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣) في " المسند " (٢ / ٨٣) .

(٤) أبو داود رقم (٣٣٥٤) والترمذي رقم (١٢٤٢) والنسائي رقم (٤٥٨٢) وابن ماجة رقم (٢٢٦٢) .

(٥) في صحيحه رقم (٤٩٢٠) .

(٦) في " المستدرك " (٢ / ٤٤) وقال : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

(٧) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٤) وهو حديث ضعيف .

(٨) سيأتي نصه وتخريجه .

مكانها الورق، وبالورق فآخذاً مكانها الدنانير فسألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: لا بأس ما تفترقا وبينكما شيء، وهو ظاهر في صحة بيع ما لم يقبض من بائع، وإنما اشترط أن لا يفترقا وبينهما شيء لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ[1]. وأما أبو حنيفة فتمسك[أ] بظاهر قول ابن عمر [2]حتى ننقله من مكانه فجوز بيع ما لا ينقل.

قلت: إلا أنا[ب] عرفناك في ما سبق اختصاص ذلك بالطعام المشترى جزافاً أيضاً كما هو[ج] قول مالك رحمه الله.

(أ) **قوله:** فتمسك بقول ابن عمر، أقول: قد ورد بلفظ "حتى يقبضه"[3] وهو أعم لشموله المنقول وغيره، وذكر الخاص لا يقتضي قصر حكم العام عليه في الأصح.

(ب) **قوله:** إلا أنا عرفناك فيما سبق، أقول: عرفناك فيما سبق قيام الدليل على عموم الحكم لكل مبيع فتذكر، وأنه يختص النهي بالبيع لا غيره، فلا يرد النقض بخبر البكر فإنه وهبه لا باعه.

(ج) **قوله:** كما هو قول مالك[4]، أقول: في " شرح العمدة "[5] لابن دقيق العيد في شرح حديث ابن عمر: من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه، هذا نص في منع بيع الطعام حتى يستوفيه، وخصص مالك هذا الحكم به إذ كان فيه حق التوفية، كما دل عليه الحديث، وبه تعرف أنه لا يجعله في بيعه جزافاً.

---

(١) تقدم وهو حديث ضعيف.

(٢) أخرجه أحمد (٢ / ١٥) والبخاري رقم (٢١٣٧) ومسلم رقم (٣٧ / ١٥٢٧) وأبو داودر رقم (٣٤٩٢) والنسائي رقم (٤٦٠٦) وهو حديث صحيح.

(٣) أخرجه أحمد (٢ / ٥٩) والبخاري رقم (٢١٣٦) ومسلم رقم (٣٦ / ١٥٢٦) وأبو داود رقم (٣٤٩٢) والنسائي رقم (٤٥٩٦) وابن ماجة رقم (٢٢٢٦).

(٤) انظر " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣٠٢ – ٣٠٨). " الاستذكار " (١٩ / ٢٥٧).

(٥) في " إحكام الأحكام " (ص ٧١٣ – ٧١٤).

وفي "بدائع الفوائد"[1] لابن القيم: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام قبل قبضها، ونهى عن بيع ما لم يقبض " في حديث حكيم[2] بن حزام وزيد بن ثابت[3]، فقال أصحاب مالك[4] النهي مخصوص بالطعام دون غيره .

فمنهم من قال هو من باب حمل المطلق على المقيد وهو فاسد، فإنه عام وخاص، ولفظه: " إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه " .

ومنهم من قال عام وخاص تعارضا يقدم الخاص، وهذا أفسد من الأول إذ لا تعارض بين ذكر الشيء بحكمه، وذكر بعضه بعينه .

ومنهم من قال هو من باب تخصيص العموم بالمفهوم، وهذا المأخذ أقرب لكنه ضعيف هنا لأن الطعام

---

(١) (٢ / ٢٥٠ – ٢٥١) .

(٢) أخرجه أحمد (٣ / ٤٠٢) وفيه رجل مبهم .

وقد جاء التصريح باسمه وهو يعلى بن حكيم عند ابن الجارود في " المنتقى " رقم (٦٠٢) وابن حبان رقم (٤٩٨٣) والدارقطني في السنن (٣ / ٩ رقم ٢٧) من طريق همام بن يحيى العوذي .

وأخرجه الطحاوي في " شرح معاني الآثار " (٤ / ٤١) والدارقطني (٣ / ٨ – ٩ رقم ٢٥) من طريق أبان بن يزيد العطار .

كلاهما عن يحيى بن أبي كثير ، عن يعلى بن حكيم ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام ، به .

قلت : وعبد الله بن عصمة لم يجرحه أحد ولم يوثقه إلا ابن حبان .

وخلاصة القول أن الحديث صحيح لغيره والله أعلم .

(٣) أخرجه أبو داود رقم (٣٤٩٩) وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث والدارقطني في " السنن " (٣ / ١٣ رقم ٣٦) والحاكم في " المستدرك " (٢ / ٤٠) وابن حبان في صحيحه رقم (٤٩٨٤) .

وهو حديث حسن .

(٤) انظر : " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣٠٢ – ٣٠٨) " الاستذكار " (٩ / ٢٥٧) .

وأما قول ابن عباس[1] لا أحسب كل شيء إلا مثله، فقد عرفت انتقاضه بهبة[2] النبي صلى الله عليه وآله وسلم البكر الذي شراه من عمر لابنه قبل قبضه، وإلا لزم في كل بيع[أ] صحيح أن لا يملك إلا بالقبض، فلا يستحق المشتري على البائع تسليمه بمجرد العقد ويكون ذلك شاهداً لإثبات خيار المجلس.

ههنا وإن كان مشتقاً فاللقبية أغلب عليه، حيث لم يلج في معنى يقتضي اختصاص النهي به، فالصواب التعميم، انتهى.

وبه يزداد عندك ضعف كلام الشارح وضوحاً، واعلم أنه اشتهر نسبة الخلاف إلى مالك فيما عدا الطعام كذا مطلقاً، والذي في" نهاية المجتهد "[3]لابن رشد المالكي أنه لا خلاف في مذهبه في الطعام الربوي أن القبض شرط في صحة بيعه، وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان.

إحداهما المنع وهو الأشهر، وبها قال أحمد وأبو ثور وفي"فتح الباري"[4]أنه فرق مالك بين الجزاف والمكيل في المشهور عنه، فأجاز بيع الجزاف قبل قبضه وبه قال الأوزاعي[5]وإسحاق[6]، واحتج لهما [المصنف][7]بأن الجزاف يرى فيكفي فيه التخلية والاستيفاء إنما يكون في مكيل أو موزون، وقد روى أحمد[8]من حديث ابن عمر مرفوعاً من اشترى طعاماً بكيل أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه، انتهى.

قلت: وهذا مفهوم لا يقوى على مقاومة منطوق النهي عن بيع ما لم يقبض و[لا] [7]تخصيصه.

(أ) **قوله:** وإلا لزم في كل بيع صحيح أن لا يملك إلا بالقبض، أقول: هذا غير لازم، فإن الشارع إنما نهى عن بيع المشتري قبل قبضه، وهو دليل على أنه قد ملكه بالعقد، وإنما نهاه عن بيعه قبل قبضه،

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢١١٥ ، ٢٦١٠ ، ٢٦١١).
(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٧٤ – ٣٧٦).
(٤) (٤ / ٣٥٠ – ٣٥١).
(٥) ذكره ابن عبد البر في " الاستذكار " (١٩ / ٢٥٧ رقم (٢٨٩٣٨).
(٦) ذكره ابن عبد البر في " الاستذكار " (١٩ / ٢٦٠ رقم ٢٨٩٥٧)
(٧) زيادة من نسخة أخرى.
(٨) في " المسند " (٢ / ١١١) بسند ضعيف لضعف ابن لهيعة.

وأما قول المصنف أن خبر حكيم [1]بن حزام بلفظ: " إذا ابتعت مبيعاً فلا تبعه حتى تقبضه " فوهم في تعميم[أ] المبيع، لأنه عند النسائي[2] بلفظ: " ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فربحت فيه قبل أن أقبضه، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: لا تبعه حتى تقبضه ".

(**أو**) كان البيع (**بعده**) أي بعد القبض أيضاً فإنه لا يصح إذا كان بيعاً لما اشترى غائباً، ثم بيع بعد القبض (**قبل الرؤية**) لكن لا في كل مشترى بل (**في**) المشترى (**المشترك**) بين جماعة قبضوا ولم يروا، وإنما امتنع بيع أحدهم لأنه يمنعهم الرد بالرؤية التي يستحقونها على البائع منهم أو يستلزم تفريق الصفقة عليه، ولهذا قال (**إلا**) أن يبيعوه (**جميعاً**) للخلوص من المحذور المذكور .

وإلا فقد صار ملكاً له، فهذا حكم خاص في ما يملكه المشتري، وسيأتي للشارح قريباً الإقرار بهذا حيث يقول: إن الملك حصل بالعقد، وإنما هي أي التخلية شرط لصحة التصرف،كذلك هنا القبض شرط لصحة البيع.

(أ) **قوله:** فوهم في تعميم المبيع، أقول: هذا وهم من الشارح، فإن لحكيم حديثين: أحدهما أخرجه البيهقي وغيره بلفظ: " أنه قال حكيم: قلت: يا رسول الله، إني رجل اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم، قال: يا ابن أخي، إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه "[3] وهذا الذي أراده المصنف، وهو دليل لمدعاه، والحديث[4] الآخر هو ما أشار إليه الشارح وغيره خاص بالطعام، ولم يرده المصنف [٣/٤٧٩].

---

(١) تقدم آنفاً وهو حديث صحيح لغيره .

(٢) في " السنن " رقم (٤٦١٣) .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح لغيره .

(٤) تقدم تخريجه .

(**و**) لا يصح البيع الصادر من (**مستحق** [1] **الخمس والزكاة**) كالفقير والإمام أن يبيع ما لم يقبضه قبض مثله، ولو كان بيعه (**بعد التخلية**) الصحيحة إليه؛ لأنها إنما كانت قبضاً في البيع لكون [٤٧٦/٣] الملك حصل بالعقد، وإنما هي شرط لصحة التصرف بخلاف الصرف، فإنما يحصل الملك بالقبض كما تقدم في الزكاة، إذ لا عقد، ويشهد[أ] لذلك النهي عن بيع الغنيمة حتى تقسم كما تقدم في مسألة بيع الميراث وحققنا لك في كتاب الخمس أنها إنما تملك بتمليك الإمام الذي هو القسمة، وهي حقيقة القبض.

وأما قوله: (**إلا المصدق**) فإن التخلية إليه قبض، فبناء على ما تقدم في الزكاة، من أنه وكيل قبض وليس على المالك أكثر من التخلية بينه وبينها (**ومتى انضم إلى جائز البيع غيره فسد إن لم يتميز ثمنه**) نحو أن يشتري عبدين بثمن لم يتميز فيه

(أ) **قوله:** ويشهد لذلك النهي عن " بيع الغنيمة حتى تقسم"[٢] أقول: لا شهادة في ذلك لأن حصة الغانم الذي يريد البيع لم تعين ولا تحقق قدر ملكه لها حتى تقسم، لأنه يجوز أن الإمام يأخذ له الصفي، وأنه ينفل منها، ويرضخ منها فكل ذلك جائز له، فلا يتحقق الملك وقدره إلا بعد القسمة.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٧٤) : " هذا التضرُّبُ من المصنف رحمه الله عجيب ، فإنه أولاً ذكر المشترى والموهوب ثم قيده بذلك القيد الذي لا دليل عليه ، ثم خصص هاهنا مستحق الخمس والزكاة ، ولا وجه لهذا التخصيص إلا مجرد الاعتماد على الرأي البحت الذي لا تأثير له ، والذي يحسن من مثله أن يقف على ما يقتضيه الدليل من تخصيص ذلك بالمبيع قبل قبضه ، أو يعتمد على القياس لسائر أسباب الملك بالبيع ، فيشترط القبض في جميعها ، وإن كان هذا القياس غير معمول به هاهنا ، ولكنه صار يعتمد على ماهو دون هذا ، ثم تخصيص المصدق بأن التخلية تكفي إليه هو من ذلك الرأي الذي ذكرنا لك ، وقد عرفناك غير مرة أن المصنف رحمه الله في هذا الكتاب مقصودة جمع مادونه المذاكرون من المسائل الفقهية على أي صفة كان ذلك ، والعجب من مثل الجلال في شرحه لهذا الكتاب ، فإنه إذا رأى المصنف قد دل على كلامه الدليل زحلفه بالرأي وإن رآه قد جاء بكلام لا دليل عليه بل هو مجرد رأي بحت مشى في الغالب معه وقد يعارضه برأي مثل ذلك الرأي وتأمل هذه المسائل في هذا الفصل فقط حتى يتضح لك ما ذكرناه وغالب عمله في شرح هذا الكتاب هكذا .

(٢) تقدم وهو حديث ضعيف . والله أعلم .

ثمن كل واحد فينكشف أحدهما حراً، فإن البيع يفسد لجهالة قدر ثمن العبد، أما لو تميز صح البيع فيه، وإن بطل في الحر.

فصل

(**وعقد غير ذي الولاية**) على العقد وهو الفضولي إذا عقد (**بيعاً وشراء**) صحيح لكن نفوذه (**موقوف**) على إجازة المالك له أو المتولي كما تقدم، وإذا وقعت الإجازة فإنه (**ينعقد**)، وقال الناصر [1]والشافعي[2] لا يصحان منه، وقال أبو حنيفة[3] يصح البيع لا الشراء، وقال مالك[4] عكسه، لنا حديث: " أنه صلى الله عليه وآله وسلم دفع ديناراً إلى عروة البارقي ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين وباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فقال: "بارك الله لك في صفقة يمينك " أبو داود[5] والترمذي[6] وابن ماجة[7]، والدارقطني[8] من حديث عروة البارقي ....

....

---

(١) " البحر الزخار " (٥ / ٥٩) .

(٢) " روضة الطالبين " (٤ / ٣١٨) .

(٣) " بدائع الصنائع " (٦ / ٢١) .

(٤) " بداية المجتهد " (٤ / ١٠٨) .

(٥) في " السنن " رقم (٣٣٨٤) .

(٦) في " السنن " رقم (١٢٥٨) .

(٧) في " السنن " رقم (٢٤٠٢) .

(٨) في " السنن " (٣ / ١٠ رقم ٣٠٢٢٩) .

قلت : وأخرجه أحمد (٤ / ٣٧٥) والبخاري رقم (٣٦٤٢) .

وهو حديث صحيح .

قالوا: في إسناده سعيد بن زيد[أ] أخو حماد مختلف فيه، قلنا: من رجال مسلم واستشهد به البخاري، قالوا: عن لمازة[ب] بن زَبَّار وهو ناصبي[ج] جلد، وقد قيل إنه مجهول، قلنا: وثقه ابن سعد، وقال حرب سمعت أحمد أثنى عليه[د] وقال المنذري[١] والنووي[٢] إسناده حسن صحيح لمجيئه من وجهين، ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠

فصل: وعقد غير ذي الولاية.

(أ) **قوله:** سعيد بن زيد، أقول: في "الميزان"[٣] النسائي وغيره ليس بالقوي، أحمد ليس به بأس، السعدي ليس بحجة يضعفون حديثه.

(ب) **قوله:** لماز[٤]، أقول: بكسر اللام وتخفيف الميم، وزاي كما في " التقريب "[٥] وزبَّار بفتح الزاي وتشديد الموحدة فراء.

(ج) **قوله:** ناصبي جلد، أقول: في "الميزان"[٦] حضر وقعة الجمل وكان ناصبياً ينال من علي رضي الله عنه ويمدح يزيد، انتهى بلفظه.

(د) **قوله:** أثنى عليه، أقول: كأنه أثنى بحفظه وصدقه لا بديانته، فإنه يعلم أحمد أن سباب المسلم فسوق وقتاله كفر[٧]، كما ثبت به النص.

---

(١) في " مختصر السنن " (٥ / ٤٨ – ٤٩) ٠

(٢) في " روضة الطالبين " (٤ / ٣١٨) ٠

(٣) " ميزان الاعتدال " (٢ / ١٣٨) ٠ وانظر : " التاريخ الكبير " (٢ / ٤٧٢) " الجرح والتعديل " (٢ / ٢١١) ٠

(٤) لمازة بن زياد الأزدي الجهضمي أو لَبِيْد والصواب في اسم أبيه زبار كما سماه الإمام أحمد في " العلل " رقم (٥٥٤٩) ٠

انظر : " الإكمال " (٤ / ١٧٣ – ١٧٤) ٠

(٥) رقم (٥٦٨١) ٠

(٦) (٣ / ٤١٩) ٠

(٧) أخرجه البخاري رقم (٦٠٤٤) ومسلم رقم (٦٤) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ٠

فإن البخاري[1] والشافعي[2] روياه من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة[أ] سمعت الحي يحدثون عن عروة قالوا: شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة وإنما سمعه من الحي والحي غير معروف ففي إسناده مبهم.

ولهذا علق[ب] الشافعي[2] العمل به على فرض الصحة .

(أ) **قولـه:** عن شبيب بن غرقدة، أقول: شبيب بالمعجمة فموحدة فمثناة تحتية آخره موحدة، وغرقدة بالمعجمة فراء ساكنة فقاف فمهملة، وشبيب وثقه أحمد ثم الظاهر ما جنح إليه الشارح من أن الحديث ينزل من درجة قبوله والعمل به، وأراد بقوله المرسلتان رواية البخاري والشافعي، وبالمسندة رواية أبي داود، ولا يخفى أن الكل من الثلاث الروايات فيها مجهول، في الأولتين الحي وفي الثالثة الشيخ المجهول، ونقل ابن حجر [3] عن الرافعي أنه قال رواية البارقي مرسلة، فقال ابن حجر قلت: والصواب أنه متصل في إسناده مبهم، والشارح قد عبر عن ذلك بمبهم كما قال ابن حجر، ثم عبر هنا بالإرسال والأمر قريب .

وهنا سؤال وهو أن يقال أنه صلى الله عليه وآله وسلم أمره بشراء شاة فشرى اثنتين فهلا كانت هذه مخالفة ينعزل بها؟ وجوابه أن ظاهر الأمر التفويض له حيث لم يعين المطلوب شراءه ثم فيه دليل أن قبض الوكيل كقبض الموكل، فإنه باع الشاة قبل قبض المالك لها.

(ب) **قولـه:** ولهذا علق الشافعي.. إلخ، أقول: وكذلك البخاري فإنه قال: إن صح قلت به، وقال الشافعي : إن صح حديث عروة فكل من باع أو أعتق عن غيره ثم رضي فالعتق والبيع جايز، ونقل المزني عنه أنه ليس بثابت عنده، وقال الشافعي[4] في الجديد أنه موقوف على إجازة مالكه.

---

(١) في صحيحه رقم (٣٦٤٢) .

(٢) في " المسند " (ج ٢ رقم ٥٥٣ – ترتيب) .

(٣) في " تلخيص الحبير " (٣ / ١١) .

(٤) " البيان " للعمراني (٦ / ٤٤١ – ٤٤٣) .

قلنا له: الشاهد[أ] عند أبي داود [1]من حديث حكيم بن حزام نحوه، قالوا من طريق شيخ من أهل المدينة مجهول، قلنا الطريقان المرسلتان يبلغان المسندة مرتبة الحجية، وأيضاً عموم أحل الله البيع شامل له، وكون تولي المالك العقد شرطاً أو كون تولي الغير مانعاً حكمان شرعيان يفتقران إلى دليل.

واعلم: أن في "شرح المنهاج "[2]للدميري أن الشافعي يقول: إن حديث البارقي مرسل، وهو يحتج به إذا وافق القياس فإنه أحتج بحديث عروة على أن من وكل في شراء شاة بدينار له أن يشتري شاتين بدينار لأنه هنا وافق القياس فاحتج به ولم يحتج به على بيع الفضولي، لأنه مخالف للقياس. انتهى.

ومما احتج به الشافعي على عدم صحة بيع الفضولي حديث الترمذي[3] وهو قوله صلى الله عليه وسلم: " لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتاق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك " حسنه الترمذي.

(أ) **قولـه:** قلنا له شاهد عند أبي داود[4]، أقول: أخرجه الترمذي [5]بلفظ ثنا أبو كريب ثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعث حكيماً يشتري له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها ديناراً، فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ضح بالشاة وتصدق بالدينار، قال أبو عيسى: لا يعرف حديث حكيم بن حزام إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم. انتهى.

---

(١) في " السنن " (٣٣٨٦) وهو حديث ضعيف .

(٢) (٤ / ٤١) .

(٣) في " السنن " رقم (١١٨١) بلفظ : " لانذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك " وهو حديث صحيح .

(٤) في " السنن " (٣٣٨٦) وهو حديث ضعيف .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٥٣) وهو حديث ضعيف .

قال المصنف: وأما فرق أبي حنيفة[1] بين البيع والشراء فلا وجه له.

قلت: نظر أبو حنيفة إلى أن عروة مأمور بمطلق الشراء فليس بفضولي فيه، بخلاف البيع، ونظر مالك[2] إلى أنه ليس بمأمور بشراء الثانية، وإنما نفذ بالإجازة، وأما بيعها فلأنه كان قبل إجازة الشراء، فهو قبل الملك والإجازة[أ] إنما تصح من المالك (قيل) ولا يشرط في انعقاده بالإجازة كونه صحيحاً بل (ولو) كان [العقد][3] -عقد- الفضولي

(أ) قوله: والإجازة إنما تصح من المالك، أقول: بعد تصحيح الاستدلال بحديث البارقي فقد دل أنها دخلت الشاة الأخرى في ملكه صلى الله عليه وآله وسلم بمجرد نية الوكيل وقبضه لها، كقبض المالك وبيعه لها عن المالك نافذ بعد إجازته له، فإجازته صلى الله عليه وآله وسلم تابعة لملكه وقد أجاز البيع قطعاً، ودخولها في ملكه كان بنية الوكيل، فالحديث دليل على لحوق الإجازة بعقد الشراء والبيع، وإن لم يعلم المالك إلا بعد وقوع العقدين، ومن الأدلة على صحة هذا البيع والشراء الموقوف قصة صاحب الفرق الآرز وتثميره لمن أجره وبيعه وشراءه في ذلك الصاع حتى صارت له إبل وبقر وغنم وهي معروفة في قصة الثلاثة الذين انطبق عليهم الغار، وحكاها لنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأقرها فلا يقال هي من شرع من قبلنا، فلا يلزمنا إلا أنه قال ابن حزم[4] أن فيه أن الإجازة ليس فيه أنها كانت بفرق ذرة بعينة، بل ظاهرة أنها كانت بفرق ذرة في الذمة، فإذا كان ذلك كذلك فلم يبع له شيئاً بل باع ماله وتطوع بما أعطاه، وهذا حسن وهو قولنا، ولأنه لو كان فيه أنه فرق بعينه فإنه لا حجة فيه لأنه أعطاه أكثر من حقه فرضي وأبرأه من عين حقه كلاهما متبرع بذلك من غير شرط، هذا جائز عندنا حسن ثم قال أنه حجة على المخالف القائل بجواز بيع الفضولي، وذلك أنه عرض حقه فأبا حتى أخذه وتركه ومضى، فقد بطل حقه على أصلهم إذ سكت عن أخذه، ولا طلب له فيه بعد ذلك.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٨ / ٣٣٦) .

(٢) " بداية المجتهد " (٤ / ١٠٨) بتحقيقي .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) في " المحلى " (٨ / ٢٤٤ - ٢٤٥) .

(***فاسداً***) وأشار المصنف بلفظ القيل إلى أن ظاهر كلام أهل المذهب اشتراط صحة العقد واحتج له بأن عقدي البارقي وحكيم كانا صحيحين.

قلنا: لكنه دور إذ لا يثبت كون عقدهما صحيحاً حتى يثبت أن الموقف صحيح وقد وقع في رسم البيع اشتراط وقوع العقد من مالك أو متول كما تقدم وعرفناك[أ] ورود البيع [٤٨٠/٣] الموقوف عليه، وأما إجازة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فغايتها بيان[ب] جواز الدخول في الفاسد كما سيأتي من دعوى الإجماع على جواز الدخول فيه، ولا مستند للإجماع إلا كتاب أو سنة. قيل ولا يشترط إضافة الإيجاب إلى المالك، بل سواءً أضافه البائع إلى المالك.

(***أو قصد البائع***) أنه باع (***عن نفسه*** [1]) لا عن المالك وخص البائع بتجويز العقد مع عدم إضافته إلى المالك لأنه يخالف المشتري في أنه لا بد له من الإضافة إلى غير نفسه وإلا لزمه الشراء لنفسه والفرق واضح، فإن المبيع لما لم يكن ملكاً للفضولي كانت إضافته إلى نفسه كلا إضافة بخلاف الشراء فإنه أهل لانتقال الملك إليه، فإذا لم يضف انتقل الملك إليه قطعاً.

(أ) **قوله:** وعرفناك ورود البيع الموقوف عليه، أقول: وعرفناك عدم وروده عليه فتذكر [٤٨٠/٣].

(ب) **قوله:** بيان جواز الدخول في الفاسد، أقول: يقال عليه ما قاله من أنه لا يتم الاستدلال بجواز الدخول في الفاسد حتى يعلم أن عقد البارقي فاسد وهو دور، والحق أن الأصل في العقود الصحة ودعوى أنه فاسد خلاف الأصل فلا بد من الدليل عليه، فقول شارح الأثمار أنه لا دليل على أن عقد عروة صحيح غير صحيح إذ الأصل صحته فالدليل على مدعي الفساد.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٧٦) : قوله : " ولو فاسداً أو قصد البائع نفسه " فمن التصلب في التفريع على ماهو باطل من أصله ومردود من أوله ، وأما قوله : " مع بقاء المتعاقدين والعقد " فلا يخفاك أنه لا عقد ولا متعاقدين بل البيع لم يحصل بشيء مما وقع بغير إذن المالك لعدم وجود الرضا المعتبر في تلك الحالة وعند وجوده بالإجازة هو البيع الشرعي .

وأما أنه لا ينعقد إلا (**مع بقاء المتعاقدين**) في الحياة (**و**) بقاء (**العقد**) سالماً عما يبطله من رد المالك له بقول أو فعل فقد خالف المنصور في اشتراط بقاء المتعاقدين، والإمام يحيى [١]وهو الحق[أ] لأن كون بقائهما شرطاً حكم شرعي يفتقر إلى دليل شرعي على أن تعليق[ب] الظرف بالانعقاد لا وجه له، لأن البقاء في الاستقبال وقد عرفت فساد العقد بتقييده بمستقبل.

(أ) **قولـه:** وهو الحق، أقول: هذا بناء على ما يقرره قريباً من صحة إرث الإجازة والقبول، ونحن نقلب الكلام عليه ونقول الإجازة والقبول حكم شرعي يحتاج إلى الدليل على أنهما يورثان.

(ب) **قولـه:** على أن تعليق الظرف، أقول: أراد قوله مع بقاء المتعاقدين بالانعقاد من قوله ينعقد، وقوله لأن البقاء في الاستقبال أي وقد عرفت فساد العقد بتقييده بمستقبل محل تأمل، فإن الذي يبطل بالتقييد بالمستقبل العقد الذي هو الإيجاب والقبول، وأما هذه العبارة التي في الأزهار فما هي من ذلك إنما هي تعبير عن العقد الموقوف، ولا أظن شيخه رحمه الله ظن ذلك، إنما صوبه لما يأتي عن الأثمار قريباً، وهذا من أوهام الشارح، فإن الفساد الحاصل بالتقييد بالمستقبل من أحكام مسمى العقد لا من أحكام اسمه.

على أن لك أن تقول عليه سلمنا فالتقييد بالظرف للإجازة لا يخرجه عن التقييد للعقد، لأنه قيد لها وهي قيد للعقد بجميع ذيوله ومنه الظرف، فقد قيد العقد به أيضاً نعم حول في الفتح والأثمار، قوله: ينعقد إلى ينفذ، وقوله: عقد في صدر الفصل إلى قوله إنشاء، قال شارح الأثمار إنما حوله إلى الإنشاء لأن العقد اسم لما هو مركب من الإيجاب والقبول، بخلاف الإنشاء فإنه يطلق على كل من الإيجاب والقبول على انفراده فتناول عبارة الأثمار، ما لو اشترى فضولي من زيد لعمرو فأجاز ذلك زيد قبل أن يقول البايع بعت، فإن هذه الإجازة تصح، ولم يذكر أوجه التحويل إلى ينفذ، والظاهر أن وجهه أن الانعقاد بعقد الفضولي قد حصل بالإيجاب والقبول، وإنما الإجازة لنفوذه وصحة التصرف في العين والثمن، وابن بهران عطف ينفذ على ينعقد كالتفسير له، والإشارة إلى أنه أريد بهما معنى واحد.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٩ – ٣٣٠) .

وكان شيخنا رحمه الله يصوب قوله ينعقد بينفذ، لكنه لا يساعده، قيل: ولو فاسداً لأن الفاسد[أ] لا نفوذ له، فلو أخر قوله مع بقاء المتعاقدين والعقد عن قوله: (**بإجازة من هي**) أي: الإجازة (**له حال العقد**) من مالك أو متول ليكون الظرف المذكور متعلقاً بالإجازة لكان[ب] هو الصواب ليكون المعنى أن العقد ينفذ بالإجازة الكائنة مع بقاء المتعاقدين والعقد فلو أجاز الوارث بيع فضولي لمالي مورثه الذي مات قبل الإجازة لم تكن إجازة الوارث منفذه للعقد بناء على أنه يبطل بالموت وفي بطلانه[ج] نظر؛ لأن العقد كان صحيحاً، فكون الموت سبباً لبطلانه حكم شرعي وضعي يفتقر إلى دليل، وإن لم يكن صحيحاً فذلك[د] مذهب الشافعي في إبطاله من الأصل.

(أ) **قوله:** لأن الفاسد لا نفوذ له، أقول: من قال إنه ينعقد بالإجازة يقول أنه ينفذ بها.

(ب) **قوله:** لكان هو الصواب، أقول: هذه العبارة يقتضي أن الصواب على ما قاله وأن غيره خطأ، والظاهر أن عبارة الكتاب صحيحة ومثلها عبارة الأثمار والفتح، فإن المعنى على تعليق الظرف بالانعقاد أو بالإجازة لا يتفاوت تفاوتاً يصير به تعلقه بالانعقاد خطأ، إذ الكل يفيد أن الانعقاد يتوقف على أمرين الإجازة وبقاء المتعاقدين والعقد وهو واضح.

(ج) **قوله:** وفي بطلانه نظر، أقول: تقدم قريباً أن الدليل على من يدعي إرث الحق لأن الأصل عدمه، إذ النص ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾[1] ، وهو المال هنا اتفاقاً، وآية النساء ﴿ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[2] أي من المال فإرث الحق خلاف الأصل.

(د) **قوله:** فذلك مذهب الشافعي في إبطاله من الأصل، أقول: الشافعي وقف القول بالوقوف على صحة حديث البارقي[3] لا أنه أبطله من الأصل [٤٨١/٣].

---

(١) [سورة البقرة : ١٨٠] .

(٢) [سورة النساء : ١١] .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو باع فضولي مال صبي ولم تقع الإجازة إلا بعد بلوغه، فإن الإجازة هنا لا تكون إلا لمن ليست له حال العقد لأنها حال العقد للولي لا للصبي، وقد انعزل ببلوغ الصبي وصارت الإجازة له. والإجازة تنفذ العقد سواء كان الواقع إجازة العقد نفسه (**أو إجازتها**) أي الإجازة والإجازة تتحقق (**بلفظ أو فعل يفيد التقرير**) لما صدر من الفضولي من عقد أو إجازة (**و**) التقدير بالفعل ينفذ ما فعله الفضولي و (**إن جهل**)[1] المالك (**حكمه**) أي: إيجابه نفوذ ما فعله الفضولي وهذا إذا كان قد علم عقد الفضولي لأن فعله لما هو من لوازم عقد الفضولي المساوية له كاشف عن إرادة تنفيذه (**لا**) لو جهل (**تقدم العقد**)[2] كأن يبيع سلعة فضولاً منه فانكشف أن فضولياً آخر كان اشتراها له أو نحو ذلك، فإن ذلك لا يكون إجازة لأن الإجازة في الحقيقة هي البيع ولا بد فيه من الرضا وهو يستلزم العلم بالمرضي ضرورة لكن هذا ينافي ما سيأتي في الشفعة أن الشفيع إذا أسقطها جاهلاً تقدم العقد على الإسقاط لم يمنع الجهل من سقوطها .

(**ويخير**) المجيز بعد الإجازة (**لغبن فاحش**) وقع على الفضولي و (**جهله**) المجيز (**قبلها**) وقال المؤيد بالله لا خيار له بحال كما لو كان هو العاقد بالغبن.

....

---

(١) فلا وجه له بل لابد أن يعلم أن قوله هذا أو فعله هو الذي يخرج به المبيع عن ملكه بذلك الثمن الذي وقع التراضي عليه ، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل وهكذا .

" السيل الجرار " (٢ / ٥٧٧) .

(٢) لا وجه له بل بمجرد وقوع المشعر بالرضا منه هو البيع الشرعي والعقد المتقدم وجوده كعدمه سواء علمه أو جهله .

" السيل الجرار " (٢ / ٥٧٧) .

قلت: وهو قياس قول الهادوية، أن ما رجع إلى قوله أو فعله لم يفرق فيه بين علمه وجهله، كما ذكرنا في إسقاط الشفعة مع جهل تقدم العقد (**قيل و**) إذا حصلت في المبيع فوائد بعد العقد وقبل الإجازة فإنها (**لا تدخل الفوائد**)[1] في المبيع (**ولو**) كانت (**متصلة**) حال [٣/٤٨١] الإجازة كالصوف واللبن وأشار بلفظ القيل إلى ضعف هذا القول بناء على أن ملك المشتري استقر بالعقد بشرط الإجازة، كما في المبيع بخيار.

وأشار بقوله ولو منفصلة إلى فرق المنصور وغيره بين المتصلة والمنفصلة، واشترط والدنا الأمير على بن الحسين في اللمع علم المجيز بحصول فوائد بعد البيع، والفرق بين الإجازة والخيار ظاهر، فإن الإمضاء لبيع الخيار لم ينعطف على العقد بالتصحيح لصدوره من أهله بخلاف عقد الفضولي، فإنما أهلته الإجازة، فالبيع في الحقيقة بها ولا بد من علم البائع بالمبيع وإلا خُيِّرَ لمعرفة قدر المبيع.

(**و**) لهذا (**لا يتعلق حق**) من حقوق العقد نحو تسليم المبيع والثمن والرد بالخيارات ونحو ذلك (**بفضولي**) ولو كان البيع بنفس عقده لتعلقت به الحقوق كالوكيل، واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو أجاز المجيز وقد علم بقبض الفضولي للثمن أو المبيع، فإنه يتعلق به حق المطالبة بتسليمها.

....

---

(١) وأما ماذكره من عدم دخول الفوائد للمالك ولم يقع منه البيع ، ولا حكم لعقد الفضولي ، ولا يؤثر في خروج الفوائد ولا في دخولها ، وقد حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر : " أن من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع " .

" السيل الجرار " (٢ / ٥٧٧) .

لكن لا يخفى أن هذا بناء على أن الإجازة تعلقت بالقبض لبراءة ذمة المقبض، ويكون القابض كالرسول والوكيل أما لو لم تتعلق بالقبض فلا وجه لبراءة ذمة المقبض للفضولي فلا تتعلق به المطالبة بما قبض إلا لمن قبضه وليس ذلك من حقوق العقد المتعلقة بالفضولي وهو ظاهر، لكن لا يخفى أن المراد بحقوق العقد ما لزم أحد المتعاقدين لصاحبه، لأن ما لزمه للمجيز ليس من حقوق العقد وعرفناك أن التصحيح الموقوف إثبات[أ] للملزوم ونفي للازمه، ولا يتمشى[ب] صحته إلا على ما عرفناك في أنه يكفي في صحة البيع مجرد الرضا وما يعتاده الناس في محقر أو غيره.

(أ) **قوله:** إثبات للملزوم ونفي للازمه، أقول: الملزوم البيع ولازمه تعلق الحقوق بالبائع، ولك أن تقول إنما ذلك لازم للبيع النافذ من حينه لا الموقوف وفيه نظر.

(ب) **قوله:** ولا يتمشى صحته إلا على ما عرفناك، أقول: إذا قيل بكفاية مجرد الرضا من المالك، وهو هنا الرضا من المالك المجيز، ولا اعتبار بلفظ الإيجاب والقبول فهذا لا يتم إلا من المجيز لا من الفضولي، فهذا عائد إلى أن البيع وقع بنفس الإجازة لا غير ولا حكم بما وقع من الفضولي ولا يسمى ما أوقعه المالك إجازة ولا هو مجيز بل هو البائع عن نفسه وحينئذٍ فلا يتمشى العقد الموقوف ولا يبقى له أثر وتقدم له في النكاح أن النكاح هو الإجازة نفسها فتأمل، وتقدم له تصحيح عقد الفضولي بقوله أن الحديثين المرسلين يبلغان المسند مرتبة الحجية، وبقوله: أن كون تولي المالك العقد شرطاً وكون تولي الغير مانعاً حكمان شرعيان يفتقران إلى دليل شرعي، وتقدم له أيضاً أن البيع في الحقيقة بالإجازة، ولا يخفى ما فيه من التناقض .

وهنا نسختان في الشرح ومؤداهما متقارب، وحاصلهما أنه بعد تقريركم أنه لا تعلق به الحقوق فلا وجه لقولكم غالباً، فإن الذي قبضه الفضولي من مبيع أو ثمن ليس من الذي تعلق بعقده بل لكونه رسولاً أو وكيلاً، وإلا فإنه فرط من قبضه فيعود عليه بالمطالبة في قبض ما قبضه وخلاصته أن غالباً هنا كالاستثناء المنقطع.

(**و**) لو عقد الفضولي عقدين لاثنين قبل الإجازة فإن الإجازة إنما (***تلحق آخر العقدين***)، لأن العقد الثاني فسخ للأول إلا أن في كونه فسخاً نظراً لأن العقد إذا صح من الفضولي فلا معنى لصحته، إلا وقوع المِلْك مشروطاً بالإجازة فلا يثبت له فسخه إلا موقوفاً على إجازة الفسخ أيضاً، والفرض هنا أن المجيز لم يجز الفسخ فلا ينفسخ بفسخ الفضولي فيكون كل من عقدي البيع باقياً، فإذا أجازهما المجيز بلفظ واحد كان ذلك كعقد وليين في وقت واحد كما تقدم في النكاح.

(**و**) البيع لجميع المشترك بين شركاء (***ينفذ في نصيب العاقد***) إذا كان (***شريكاً***) ويبقى بيعه لحصة شركائه موقوفاً على إجازتهم.

واحترز بقوله (***غالباً***) عما لو باع نصيبه في المشاع معيناً في جانب فإنه لا يصح لأنا لو صححنا بيع نصيبه مع عدم إجازتهم لبيعه لنصيبهم ولتعينه لما صححناه إلا في نصيبه من الجانب المعين لا من غيره، واستلزم ذلك ضرراً عليهم في القسمة.

(فصل)

(***والتخلية***)[1] من البائع بين المشتري وبين المبيع إذا كانت التخلية مفعولة (***للتسليم***) أي لأجل كونه الغرض من التخلية ولا حاجة[أ] إلى ذكر التسليم لأن ذلك معنى التخلية عرفاً فإنها حينئذ (***قبض***) يوجب تلف المبيع من مال المشتري ويصح

(أ) **قوله:** ولا حاجة إلى ذكر التسليم، أقول: ولذلك حذفه الأثمار والفتح إلا أنه قد وجه لزيادته، فائدة بأنها لإخراج ما لو خلا المبيع بنية الإيداع لا بنية التسليم، فإنها لا تكون التخلية حينئذٍ قبضاً.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٧٨ - ٥٧٩) .

هذه التخلية بين المشتري وبين ماباعه ، البائع منه هي غاية مايجب على البائع لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك ، فإذا أتلف المبيع بعد ذلك تلف من مال المشتري لأن البائع قد أخرجه عن ملكه ، وفعل مايجب عليه من تخليته للمشتري ، وعلى المشتري إذا أراد أن يبيعه أن ينقله ، للأدلة التي ذكرناها عند قوله :" ولا يتصرف فيه قبل قبضه " فالحاصل أن التخلية قبض باعتبار سقوط الضمان على البائع ، ولا يكون قبضا يجوز=

تصرفه فيه منقولاً كان أو غير منقول، وقال الشافعي[1](أ) لا بد في المنقول من نقله، وقال الإمام[2] يحيى التخلية تكفي لتلفه من مال المشتري لا للتصرف فيه للنهي عن بيع ما ليس عند البائع.

وأجيب بأن كون النقل شرطاً حكم شرعي وضعي يفتقر(ب) إلى دليل شرعي ولأنه

(أ) **قولـه:** وقال الشافعي لا بد في المنقول من نقله، أقول: في "فتح الباري"[3] أن في صفة القبض عند الشافعي تفصيلاً، فما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والثوب فقبضه بالتناول، وما لا ينقل كالعقار والثمرة على الشجر فقبضه بالتخلية، وما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب والحيوان فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع فيه.

(ب) **قولـه:** يفتقر إلى دليل شرعي أقول الدليل ما سلف من حديث ابن عمر[4] وابن عباس[5] وفيهما النهي عن بيع الطعام حتى ينقله المشتري وقال ابن عباس لا أحسب كل شيء إلا مثله، وتقدم النص

= للمشتري التصرف في المبيع بعدها إلا مع النقل ، وأما اشتراط أن يكون العقد صحيحاً فكلام لا يترتب عليه فائدة عند من لم يعتبر ما يعتبرونه من الألفاظ ونحوها ، لأن المراد التراضي المدلول عليه بأي دلالة ، فإذا قد حصل كان البيع صحيحاً وترتب عليه أحكامه ، وإن لم يحصل فلا بيع ، وماذكره من اشتراط أن يكون غير موقوف لا وجه له لأن الإجازة قد حصلت من مالكه ، فهي البيع لما قدمنا ، وإن لم تحصل فلا بيع ولا حكم للتخلية أصلاً ولا يترتب عليها حكم قط .

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٥٣ – ٣٥٤) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٣) .

(٣) (٤ / ٣٧٤) .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

بالعقد[أ] صار عنده، وإنما [٤٨٢/٣] حكمنا بتلفه قبل التخلية من مال البايع لشبهة قبل تسليم الثمن بالمرهون وبعده بالمغصوب. ولكن التخلية لا تكون قبضاً إلا (**في عقد صحيح**) بالأصالة أو بالحكم لأن الفاسد لا يلزم المشتري به قبض المبيع إلا أن فيه بحثاً وهو أن القبض في الفاسد إن كان جزاء لسبب الملك أو شرطاً له، وجب[ب] أن لا يستحق فيه الفسخ بعد القبض لكمال السبب بكمال أجزائه، وشروطه، وإن لم يكن جزءاً ولا شرطاً فهو طرد في المؤثر فلا يملك بالفاسد سواء قبض المبيع أو لم يقبض، بل يكون إباحة على عوض، وقد صرحوا بأنه يملك بالقبض، [كالمباح على عوض] [1]ومثله يجري

على صحة حسبانه، وأنه قد ورد نصاً، وكذا ما أخرجه أبو داود[2] والدارقطني[3] من حديث زيد ابن ثابت " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم " وهي حجة ناهضة للشافعي صريح في المنقول، فالذي يفتقر إلى الدليل هو جعل التخلية قبضاً.

(أ) **قولـه:** ولأنه بالعقد صار عنده، أقول: أي صار المبيع عند المشتري بنفس العقد ولا يخفى أن هذا يصادم حديث[4] النهي عن بيع ما يشترى حتى ينقل، وأنه يلزم أن لا يجب على البائع تسليم المبيع إلى مشتريه، وأنه إذا تلف عند بائعه تلف من مال المشتري وجواب الشارح عن هذا بأنه شبه بالمرهون عدول إلى التراب مع وجود الماء، والشارح استدل للإمام يحيى بحديث النهي عن بيع ما ليس عند البائع ولعل دليل الإمام يحيى حديث النهي عن بيع ما لم يقبض، وأن التخلية ليست بقبض ما عنده إلا في التالف من مال المشتري [٤٨٢/٣].

(ب) **قولـه:** وجب أن لا يستحق فيه الفسخ بعد القبض، أقول يأتي للشارح التزام هذا على أصل من يرى جواز الدخول في العقود الفاسدة ولا محيص عنه.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٩٩) وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث .

(٣) في " السنن " (٣ / ١٣ رقم ٣٦) .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

في التخلية في الصحيح أيضاً بأن يقال: إن كانت جزءا لسبب الملك، أو شرطاً له وجب أن لا يستحق المطالبة بالمبيع قبل التخلية لعدم حصول سبب الملك أو شروطه ولهذا[أ] يتلف من مال البائع ويستلزم ذلك صحة القول بخيار المجلس قبل القبض، وإن لم يكن جزءاً [ب] للسبب ولا شرطاً له وجب أن يتلف في يد البائع من مال المشتري، لأن يد البايع حينئذ يد أمانة لا ضمانة إلا أن يطلبه المشتري فلا يسلمه، إما لإرادة توفير الثمن فيكون كالرهن أولاً له فيكون كالغصب، ولا تكون التخلية قبضاً أيضاً إلا في بيع (**غير موقوف**) ولا حاجة إلى هذا القيد لأنه إذا أراد أن تخلية الفضولي لا تكون قبضاً فكالسماء فوقنا، وإن أراد أن تخلية[ج] المجيز التي أريد بها التسليم لا تكون قبضاً فخلاف ما تقدم من حصول الإجازة بما يفيد التقرير من فعل أو غيره، والتخلية حينئذٍ مفيدة

(أ) **قولـه:** ولهذا يتلف من مال البائع، أقول: جوابه ما يأتي له من أنه لا ينفذ ملك المشتري للمبيع إلا بقبضه له، وقبل القبض لا نفوذ، فلذا لا يتلف من مال المشتري قبله، وقال ابن حزم يجبرا معاً على تسليم المبيع والثمن معاً لأنه ليس أحدهما أحق بالإنصاف، والانتصاف من الآخر وبيد كل واحد منهما حق للآخر وفرض على كل واحد منهما أن يعطي الآخر حقه، فلا يجوز أن يخص أحدهما بالتقديم وفعل ذلك جور وحيف وظلم، انتهى. وهو أقرب الأقوال.

[(ب) **قولـه:** وإن لم يكن جزءاً للسبب ولا شرطاً له، أقول: بل نقول ليست بجزء ولا شرط بل وقع الملك بالتراضي، والعقد إلا أن الشارع منع صحة البيع للعين المملوكة بالعقد إلا بعد قبضها، فالقبض شرط لصحة بيع المشتري لما ملكه بعقد الشراء، وقد جعلت التخلية قبضاً.][1].

(ج) **قولـه:** وإن أراد أن تخلية المجيز، أقول: مراده أمر ثالث وهو أن التخلية لا تكون قبضاً إلا في العقد النافذ، ففي الغيث فلو كان العقد موقوفاً بإجازة المالك لم يقبض المشتري المبيع بالتخلية فعرفت أنه لا يجعل التخلية قبضاً إلا في النافذ ولا يعدها من الفعل الذي ينفذ به عقد الفضولي، فإنها من خواص النافذ إلا أنه يطالب بالفرق بين العقدين في ذلك.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

للإجازة، وللإقباض (**و**) أما أن التخلية لا تكفي إلا في (**مبيع غير معيب ولا ناقص**)[1] فظاهر لأنه لا يلزم المشتري قبضهما (**و**) أما أن التخلية (**لا**) تكفي إلا إذا كان المبيع غير (***أمانة***)[2] في يد المشتري فقد تقدم تحقيقه عند قوله ولا تكون قبضاً إلا في المضمون فلا نكرره، أما أنه يشترط في كون التخلية قبضاً كون المبيع (**ومقبوض الثمن**[أ] ***أو في حكمه***) كحضور الثمن فلا وجه[ب] له كيف وقد صرح في

[(أ) **قوله:** كحضور الثمن، أقول: لفظ الغيث نحو أن يكون المبيع حاضراً ويقول للمشتري أقبض، وفي شرح الأثمار وقع في نسخة الغيث اضطراب في تفسير ما هو في حكم القبض ففي بعض نسخه هو أن يكون المبيع حاضراً،ويقول المشتري اقبض أي المبيع وفي بعضها نحو أن يكون حاضراً ويقول المشتري اقبض، قيل يعني الثمن،قال الفقيه يحيى وهذا هو الصواب، وبه تعرف حسن عبارة الشارح وتعرف أن شارح الأثمار اختار تفسير ما في حكم القبض أولاً بغير ما رجحه آخراً فتدبر.][3]

(ب) **قوله:** فلا وجه له، أقول: في شرح الأثمار ما لفظه، وأسقط قوله مقبوض الثمن أو في حكمه، لأن قبض الثمن في التحقيق ليس شرطاً في صحة التخلية، بدليل أهم فسروا ما في حكمه بأن يقول البائع للمشتري اقبض المبيع فتكون التخلية مع ذلك قبضاً، وإن لم يكن البائع قد قبض الثمن، فدل ذلك على أن الإذن بالقبض كافر في صحة التخلية، ومعلوم أن الإذن داخل في حقيقة التخلية فلا يكون شرطاً إذ من حق الشرط أن يكون أمراً زائداً على حقيقة المشروط.

---

(١) فإن لم يعلم بذلك المشتري فهو من بيع الغرر وهو باطل ، والرضا المتقدم لاحكم له لأنه رضي بما لم يعلم بعيبه ولا نقصه فلم يصح البيع من الأصل فضلاً عن أن تصح التخلية . " السيل الجرار " (٢ / ٥٧٩) .

(٢) فلا وجه له لأن البائع إذا باع من المشتري عيناً هي أمانة عند المشتري انتقلت بالبيع إلى ملك المشتري ، وكونها في يده يغني عن المقابضة وإنما هذه من المصنف وأمثاله ودندنة حول قواعد فرعية هي على شفا جرف هارٍ لم ترتبط بدليل شرعي ولا عقلي ، وهكذا قوله : " مقبوض الثمن أو في حكمه " فإنه لاوجه له لأن مجرد التراضي على المعارضة هو المصحح الشرعي ، فإذا قد وقع برئ البائع من عهدة الضمان بالتخلية بين المشتري وبين العين ، وإذا أمهله بالثمن زماناً طويلاً .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

"البحر"[1] بأنه يجبر المشتري على القبض لأنه حق للبائع يخرج به عن عهدة الضمان وقرر قول الإمام يحيى أنه لو تمرد المشتري عن القبض لكان للبائع أن يقبضه له حيث لا حاكم إذْ له ولاية فيصير أميناً بعد أن كان ضميناً، وذلك ظاهر في أن قبض الثمن ليس شرطاً في كون التخلية قبضاً كيف وقبض الثمن وقبض المبيع كلاهما حق للبائع؟ وإنما عليه الإقباض للمبيع فقط بتخلية أو غيرها •

ولا بد أن تكون التخلية (**بلا مانع**) كائن من جهة البائع بحيث يمنع المشتري (***من أخذه في الحال***) بأن يكون في يد الغير بحق كالمؤجر والمرهون أو بغير حق كالمغصوب ومن ذلك كون العقد فاسداً أو كون المبيع معيباً أو ناقصاً (***أو***) حصل مانع من (**نفعه**) كما لو أبقى البائع متاعه في المترل بحيث يمنع المشتري عن الانتفاع، فلو اكتفى المصنف بهذا القيد لكفاه عن كل القيود[أ] المقدمة لأن صحيحها مانع من القبض وفاسدها حقه الحذف •

(***و***) إذا تشاجر البائع والمشتري في تقديم تسليم المبيع أو تسليم الثمن فإنه (***يقدم تسليم الثمن***) لأن المبيع قد تعين والثمن لما يتعين فيجب تساويهما في التعيين، ولا تعيين إلا بقبض الثمن لكون قوله: (***إن حضر المبيع***) رجوع[ب] عما مضى من أن التخلية

(أ) **قولـه:** عن كل القيود المتقدمة، أقول: قد اكتفى به في الأثمار عنها عما عدا قيد نفعه فإنه لا يغني عنه قيد آخذه، ففي كلام الشارح ما لا يخفى، وضمير فاسدها وصحيحها للقيود، والفاسد منها ما نبه على خلله.

(ب) **قولـه:** رجوع عما مضى، أقول: شرط حضور المبيع لا ينافي كون التخلية قبضاً، لأن بالحضور يتم القبض بالتخلية، فإنه لو كان غائباً ما تمت التخلية [٤٨٣/٣].

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٣ – ٣١٤) •

كافية في القبض، ويستلزم وجوب إيصال المبيع إلى المشتري حيث كان، وقول المؤيد[1] أنه يعدل الثمن ثم يسلم المبيع رجوع [٤٨٣/٣] إلى تقديم تسليم الثمن لأن العديل وكيل للبائع بالقبض، وقال المنصور[2] بالله يقدم تسليم المبيع.

قلت: هو الأولى، لأن الثمن مضاف إليه وفرع له، والأصل تقدم الأصل والمضاف إليه.

(***ويصح التوكيل بالقبض ولو***) كان التوكيل (***للبائع***) خلافاً للشافعي وقول للمؤيد محتجين بأنه يصير مطلوباً بالثمن من حيث كونه وكيلاً طالباً له من حيث كونه بايعاً وطالب مطلوب محال. والجواب منع الإحالة مسنداً بما تقدم من اعتبار الجهتين في الفعل الواحد، وقال الإمام يحيى وقول للمؤيد إذا أعطاه المشتري إناء يجعل المبيع فيه صح لأن ذلك نوع قبض من المشتري، وهو استبعاد وغفلة عن صحة اعتبار الجهتين في الفعل الواحد كما قلنا في الصلاة في الدار المغصوبة.

(**و**) لكن البائع وإن صح توكيله بالقبض فإنه (**لا**)[أ] يصح أن (**يقبض بالتخلية** [3]) بناء على أن يد البائع قبل التوكيل يد أمانة، وذلك وهم على أصولهم، لأن

(أ) **قوله:** ولا يصح أن يقبض بالتخلية، أقول: حذفه الأثمار، والفتح قال شارح الأثمار إنما حذفه لأنه لا يتصور ابتداء التخلية في حق البائع، إذ هي حاصلة مستمرة، وإنما يتصور في حق غيره.

فائدة: في شرح الأثمار إذا قال المشتري للبائع ابعث بالمبيع إلي مع فلان أو نحو ذلك، ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البايع إلا أن يجري العرف بأنه يكون وكيلاً للمشتري فمن ماله، وإن

---

(١) انظر: " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٥١).

(٢) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ١٥١).

(٣) هذا تخصيص بغير مخصص منقول ولا معقول.

" السيل الجرار " (٢ / ٥٨٠).

المبيع يتلف قبل القبض من مال البائع، وذلك ينافي يد الأمانة، وإنما يستقيم على ما أسلفناه لك في البحث السابق آنفاً، وعلى قول الإمام يحيى أن له ولاية في القبض إذا تمرد المشتري عنه ولا حاكم، وأنه يصير أميناً بعد أن كان ضميناً.

(**و**) إذا احتاج المبيع إلى مون وهو باق في يد البائع فإن (***المؤن قبل القبض*** [1]) أو التخلية (**عليه**) إذا كانت تلك المؤن مما لا يتم تسليم المبيع كاملاً إلا بها (**كالنفقة**) للعبد والبهيمة إذ لو تركهما[أ]لنقص المبيع لكن هذا إنما يصح إذا

قال ادفعه إلى فلان أو سلمه إليه أو أعطه إياه فذلك توكيل، فمتى سلمه إليه برئ من ضمانه، ولعل هنا يستقيم مع علم فلان بأمر المشتري بالتسليم إليه لا مع جهله؛ لأن علم الوكيل بالوكالة شرط في صحتها عندنا، وهكذا في "بيان"[2] ابن مظفر، ووجه الفرق بين قوله ابعث إلي مع فلان، وبين قوله ادفعه إلى فلان أن ادفعه أمارة على أنه قد واطأ الرسول على قبضه، وذلك توكيل صحيح، بخلاف قوله: ابعث به فلا أمارة فيه على ذلك، ذكر معناه في "البحر"[3].

(أ) **قوله:** إذ لو تركهما لنقص المبيع، أقول: فالمراد بالمؤن ماها نفع في عين المبيع في الفطرة تجب على المشتري اتفاقاً كما في شرح الأثمار، قال لأن النفقة لم تجب عليه لأجل الرق، بل إنما وجبت عليه لوجوب التسليم.

---

(١) فلا وجه له لأنه إذا قد حصل المناط في البيع وهو التراضي فقد صار المبيع ملكاً للمشتري ، ولكن البائع لايخرج عن عهدة الضمان إلا بالتسليم إلى المشتري أو التخلية الصحيحة .

وأما أنه يلزمه أن ينفق عليه أو يقوم بسائر مؤنه فلا إلا أن يكون التراخي في التسليم من جهته مع طلب المشتري لذلك ، فإنه كالجاني على نفسه بذلك .

(٢) "البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي" .

تأليف : يحيى بن أحمد المظفر الحمدي .

" مؤلفات الزيدية " (١ / ٢٢٤ رقم ٦١٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٤) .

كان(أ) امتناع القبض من جهة البائع، أما إذا كان من جهة المشتري فقد تقدم أن البايع يصير أميناً عند تعذر الحاكم.

(**و**) أما (**الفصل**) للمبيع عما هو متصل به نحو قطع الخشبة من الشجرة (**و**) منه (**الكيل**) فمانع القبض فيه من جهة البائع، فيجب عليه إزالته (**لا القطف**) للثمرة المبيعة للعرف الشرعي بكونه على المشتري (**و**) مثله (**الصب**) لما ملي به المكيال من المكيل لتمام الإقباض(ب) بدون ذلك (**ولا يجب التسليم**) للمبيع (**إلى موضع العقد**) لأن البيع إنما يوجب نقل الملك لا نقل العين.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو جهل المشتري حال العقد موضع المبيع، فإنه يجب على البائع تسليمه إلى موضع العقد ولا وجه لذلك، لأن غاية ما يلزم كون عدم الحضور

قلت: إلا أن في نقله الاتفاق نظراً، فإن فيه خلاف أبي طالب في النفقة والفطرة ذكره هو عقيب هذا وهو الحق على ما قررناه في الملك بالعقد، وأنه يصح كل تصرف قبل القبض غير البيع الذي ورد بالمنع عنه النص.

(أ) **قوله:** إذا كان امتناع القبض من جهة البائع، أقول: هذا وهم منه رحمه الله، فليس الكلام في المؤن اللازمة بعد الامتناع من القبض بل في التي لا بد منها بين البيع والقبض كلو وقع البيع وتأخر القبض إلى أن يأتي العبد ونحوه، ولم يكن قد حصل امتناع من بائع ولا مشترٍ .

(ب) **قوله:** لتمام الإقباض بدون ذلك، أقول: بدون الصب لأن حقه قد تميز وصارت التخلية صحيحة قبل هذا، حيث كان المكيال واحداً، إما إذا كان أكثر من مكيال فلا يجب الصب على المشتري إلا في آخر مكيال، إذ لا يلزمه قبض بعض المبيع، وظاهر كلام الأئمة أن الصب على المشتري مطلقاً، ووجهه أنه يغتفر التفريق بالوقت اليسير وهو وقت الكيل.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٨١) : وأما ماذكر من مؤنة الفصل والكيل والفرق بينهما وبين القطف والصَّب فهذا شيء لم يبن على شرع بل على عُرف فقط ، والأعراف مختلفة فيتبع في كل جهة عرفها في هذا وأمثاله ، لأن العرف الجاري المستمر الذي يعلم به البائع والمشتري هو في حكم التراضي عليه ، وإن لم ينطقا به ولا ذكراه ، ولهذا قال " ولا يجب التسليم إلى موضع العقد أو منزل المشتري إلا لعرف " .

عيباً يثبت له الفسخ به إن نقصت به القيمة، بحيث لو علمت طيبته لما قوم في موضع العقد بذلك الثمن، وأن قوم في موضعه به لما يلحق إحضاره موضع العقد من الغرامات .

وقال المؤيد بالله: يجب على البائع تسليم المبيع إلى موضع العقد سوى علم المشتري غيبته أو جهلها، ولا وجه لإيجاب إيصاله موضع العقد (***أو منزل المشتري إلا لعرف***) في الموضعين كما في ثمن تجار البحر في بنادر السواحل للعرف بأن ما عقد عليه في البندر فالعقد مبني على حضوره فيه، وكذلك العرف في بيع الحطب في غير المدن أن على الحطاب إيصاله إلى مترل المشتري ونحو ذلك.

(***و***) إذا باع أحد الشركاء نصيبه في الحيوان المشترك فإنه (***لا***) يجوز أن (***يسلم الشريك***) البائع ذلك الحيوان للمشتري (***إلا بحضور شريكه أو إذنه أو***) إذن (***الحاكم***) لنيابته عن الغائب، وما كان للمصنف أن يطلق الشريك، والمسألة مختصة بالشريك في الحيوان فقط (***وإلا ضمن***) البائع حصة شريكه (***إن أذن***) للمشتري بالقبض في غيبة شريكه .

(***و***) لو كان تلف الحيوان في يد المشتري لكن (***القرار***) للضمان (***على الآخر***) وهو من تلف الحيوان عنده (***إن جنى***) على الحيوان (**أو علم**) أن البيع[أ] كان بغير إذن الشريك، هكذا أطلق المسألة في "البحر"[1] ولم ينسبها إلى قائل،

(أ) **قوله:** إن البيع كان بغير إذن الشريك، أقول: فسر متعلق العلم في "الغيث "[2]بقوله أي علم عدم جوازه أي: التسليم بغير إذن شريكه، وقرره سائر شراح "الأزهار"، وقال الإمام شرف الدين أي:

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٤) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٥٧ - ١٥٩) .

وعللها بأن نقل نصيب من لم يبع غصب له فيضمن ضمان [٤٨٤/٣] الغصب المذكور وما أدري ما مستند المسألة[أ] ما وجه تخصيص[1] المنع والضمان بشركة[ب] الحيوان، فإن كان مستندها ما سيأتي في الشفعة من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وآله

علم كون الشقص الذي علم من السياق بغيره، أي لغير البائع وهو الذي في شروح التذكرة[1] وغيرها، قال وهو الذي ينبغي أن يفسر به الأزهار، والتذكرة، قال: لأنه يفهم من عبارة الغيث أنه إذا جهل أنه لا يجوز للشريك التسليم إلا برضا شريكه، إن لذلك تأثيراً في أنه لا يكون قرار الضمان عليه فغير صحيح إذ لا تأثير لجهل التحريم في الضمان .

إذا عرفت، فهذان تفسيران لمتعلق العلم عدم جواز التسليم إلا بإذن الشريك أو كون الشقص لغير البائع، فهذا التفسير الذي جاء به الشارح لا يوافق واحداً منهما، ثم هو خروج عن بحث المسألة إذ هي عقدت للتسليم لا للبيع [٤٨٤/٣].

(أ) **قوله:** ما مستند المسألة، أقول: قد بين في "البحر" ما مستندها بقوله: إن نقل نصيب من لم يبع غصب له فهذا مستند عدم الجواز للتسليم، وقد نقله الشارح وذكر أنه علل المصنف المسألة به، فكيف يقول وما أدري ما مستند المسألة؟ وقد ذكره، وإن أراد ما مستند جواز البيع لحصته مع حديث جابر الآتي فحسن، إلا أنه ليس الكلام في البيع نفسه حتى يقول ما مستند المسألة.

(ب) **قوله:** بشركة الحيوان، أقول: في شرح "الأثمار" و"الغيث"[2] والفتح وشرحه إطلاقها في كل مشترك فهلا حمل ذكر الحيوان على التمثيل من المصنف فإن الذي ذكر في "البحر"[3] الحيوان ومعلوم أن كل مشترك حكمه ذلك فحمله على التمثيل متعين.

---

(١) انظر ذلك مفصلاً في " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٥٧ – ١٥٨) .

(٢) انظره مفصلاً في " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٥٨ – ١٥٩) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٥) .

وسلم قال: لا يحل للشريك أن يبيع حتى يؤذن[أ] شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فمع أن ذلك لا يختص بشريك الحيوان فهو يدل على عدم[ب] جواز البيع لا على عدم جواز التسليم، فلا بد من الحكم بعدم جواز البيع وإلا وجب[ج] تسليم المبيع، ولم يكن[د] تصرف البائع في ملكه غصباً ولا تصرف المشتري؛ لأن الشركة انتقلت بانتقال المبيع، وكل شريك[هـ] فله ولاية على المشترك عند غيبة شريكه أو تمرده، فكيف تكون يده يد غصب.

(أ) **قوله:** حتى يؤذن شريكه، أقول: قد يقال في صورة الكتاب لا تنافي الحديث لجواز أنه ما باع إلا وقد أذن شريكه وأبى من الشراء، والكلام بعد ذلك في التسليم، وفيه وقع كلام الأزهار واستدل لتحريم التسليم بما سلف.

(ب) **قوله:** على عدم جواز البيع، أقول: يعني قبل الإذن لا مطلقاً ضرورة أن الشركة لمجردها لا تمنع العين المشتركة عن جواز بيعها فإذا ترك الشريك الشراء بعد الإيذان جاز لشريكه بيع حصته فالحديث قد دلّ على جواز البيع كما دل على عدم الجواز حتى يحصل الإيذان.

(ج) **قوله:** وإلا وجب تسليم المبيع، أقول: قد يقال ليس من لازم البيع لم لا يكون كالبيع الموقوف.

(د) **قوله:** ولم يكن تصرف البائع في ملكه غصباً، أقول: هذا رد لما علل به "البحر"[1] أصل المسألة، لكنه غير خاف أنه لم يقل أن تصرفه في ملك نفسه غصب، بل قال: نقله لنصيب من لم يبع وهو شريكه غصب فما لنا ولتصرف المالك في ملكه، إنما تصرفه استلزم نقل نصيب شريكه فكان غصباً إن نقل.

(هـ) **قوله:** وكل شريك فله ولاية، أقول: ليس الكلام في المسألة مبنياً على غيبة الشريك أو تمرده، وقوله: فكيف تكون يده يد غصب، ظاهره أن الضمير للشريك البائع وليس الكلام في يده إنما الكلام في نقله لملك غيره، فإن أريد بالشريك المشتري الآخر لكونه قد صار شريكاً بانتقال المبيع إليه فهذا مبني على صحة البيع والتسليم وهو محل النزاع، ففي كلامه ما لا يخفى، والأظهر في المسألة مع "البحر".

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٦) .

(**ولا ينفذ في المبيع قبل القبض**) بشيء من التصرفات، وقد تقدم تحقيق المسألة والخلاف فيها والحجج فلا نكرره، وإنما أحوج[أ] المصنف إلى إعادته الاستثناء بقوله: (**إلا الوقف والعتق**) خلافاً لابن خيران، فيهما أيضاً لنا أنهما استهلاك وهو قبض[ب] ورد بأن كونه استهلاكاً محل النزاع؛ لأن القبض جزء سبب الملك أو شرطه وانتفاء الشرط أو السبب موجب لانتفاء المسبب، فهو كما لو أعتق أو وقف ملك الغير، ولا سبيل إلى الفرق بين العتق والبيع بعد ذلك؛ لأنهما كليهما استهلاك حكمي كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإلا لما صح قوله: (**ولو**) كان العتق (**بمال**) كالكتابة فإنها بيع في الحقيقة وإن كان مخالفاً للقياس في بيع ماله بماله (**ثم إن تعذر الثمن**) على البائع لإفلاس المشتري أو نحوه بعد أن أعتق قبل القبض (**فللبائع فسخ ما لم ينفذ**[1])

(أ) **قوله:** وإنما أحوج المصنف إلى إعادته، أقول: تقدم أنه لا يتصرف فيه قبل قبضه، وهنا الحكم عدم النفوذ لو وقع التصرف فبينهما مغايرة، فهو إفادة لا إعادة.

(ب) **قوله:** وهو قبض، أقول: استدل في شرح الأثمار لذلك بأن ما هو استهلاك فله قوة، فأشبه ما إذا أتلف المشتري المبيع قبل أن يقبضه، فإنه يتلف من ماله، ولم يقل إن الاستهلاك قبض، وفي "البحر"[2] أنه كالقبض، فقول الشارح أنه قبض لا يخلو عن تسامح، ويأتي له قريباً مثل عبارة البحر، واعلم أن الأحاديث وردت بالنهي عن بيع ما لم يقبض، فأفادت بمفهومها جواز غير البيع لكنهم ألحقوا به الإجارة والهبة والوصية والترويج والرهن، ولا شك أنه إلحاق بالقياس على البيع، ولا نص على العلة فلا بد من بيانها وبيان تكامل شرائط القياس وبيان ما بين هذه الأشياء وبين

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٨٢) وأما قوله : " فإن تعذر الثمن فللبائع فسخ مالم ينفذ " فلا وجه له لأن البائع أحق بمبيعه إذا أفلس المشتري عن الثمن ، ولو كان قد قبضه المشتري فكيف يكون أحق به وهو باق لديه لم يقبضه المشتري وقد دلت السنة الصحيحة بأن من وجد سلعته عند مفلس فهو أحق بها ، ولا حكم للعتق والوقف الواقعين من المشتري لأنه لم يتم له الملك ، ولافرق بين النافذ ومالم ينفذ ولا يجب على العبد شيء بل هو باق في ملك بائعه ، وكل هذه التفاريع ومابعدها منهارة لم ترتبط بدليل نقل أو عقل .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٢٦) .

كالكتابة قبل الإيفاء والتدبير قبل الموت (**و**) وإن كان العتق قد نفذ فللبائع (**استسعاؤه**) أي المملوك الذي أعتق (**في**) العتق (**النافذ**).

قال المصنف: إذ حق البائع أسبق وهو تهافت لأنه نفسه صرح بأن العتق كالقبض والقبض لاسعاية[أ] معه، وما كان أحوجه إلى موافقة ابن خيران لينجو من هذه التلوثات أو يجعل العتق[ب] كالوقف لما لا يمكن استسعاؤه؟ وإذا قلنا بالسعاية فإنما يسعى العتيق (**بالأقل من القيمة والثمن**).

الاستهلاك كما أشار الشارح إلى الآخر منها، والحق ما أسلفناه ونبهنا عليه قريباً.

(أ) **قوله:** والقبض لا سعاية معه، أقول: هل لا سعاية على العبد بعد قبضه وإيفاء المشتري لثمنه؟ فنعم ليس من محل التراع في شيء أو لا سعاية بعد قبضه وتعذر ثمنه فالبائع أولى بما تعذر استيفاء ثمنه، فعدم السعاية لكون العبد عائداً إلى يد سيده، وبالجملة مسألة القبض لا تلاقي هذه المسألة، لأنه لا استهلاك بمجرد القبض بخلاف ما هنا، فإنه قد استهلك العين بوقفها أو عتقها، فأخرجها عن ملكه هذا تقرير مرادهم والأظهر هنا عدم نفوذ العتق والوقف كما قال ابن خيران ورجحه الشارح، كما لا ينفذ غيرهما عندهم من التصرفات ووجهه أنه بقي في العين المبتاعة حق للبائع وهو جواز حبسها حتى يسلم الثمن، فبأي وجه يبطل حقه ويخرجها من يده بعتق أو وقف؟ وكيف يتقرب إلى الله تعالى بشيء فيه حق للغير قد يوجب الشرع رده في ملكه مع الإفلاس؟ ثم يوجب على العبد السعاية ويكلفه مؤنة نفسه والسعاية في قيمته، وقد كان في كفاية عند مالكه وذمته بريئة عن الدين وكلفة السعاية، ثم يكلفه بالمطالبة بعد ذلك لمعتقه فيما سلمه لبائعه، وبالجملة فمحاسن الشريعة تأبا هذا غاية الإباء.

(ب) **قوله:** أو يجعل العتق كالوقف لما لا يمكن استسعاؤه، أقول: كأنه يريد بما لا يمكن استسعاؤه الأراضي ونحوها لو شراها ووقفها فإنه لا يبقى فيها حق للبائع بل يذهب قيمة ما باعه هذا مراد الشارح.

قلت: وليس كذلك بل قد صرحوا بأنه يستغل الأرض، قال المصنف في الغيث قلت: وأما إذا تعذر الثمن بعد أن وقفه المشتري قبل قبضه فإنه يستسعي كما في العتق فإن لم يكن عبداً استغله البائع

أما إذا كان الأقل هو الثمن فلأن البائع قد رضي به، وأما إذا كانت القيمة أقل فلأن السعاية كضمان القيمي ولا يضمن إلا بالقيمة (**و**) العتيق له أن (**يرجع على المعتق**) إن نوى الرجوع أو كان تسليمه بأمر الحاكم.

قلت: أما بأمر الحاكم فصحيح وأما بمجرد النية فلا لأن تسليمه اختياراً مصادقة للغير بحق على المعتق فلا يلزمه، ومسألة نفوذ العتق واستحقاق[1] الاستسعاء خلافية ولا يثبت فيها لزوم إلا بحكم الحاكم (**ومن أعتق ما اشتراه من مشتر لم يقبض صح**) العتق (**إن أعتقه بعد القبض بإذن الأولين**) أي البايعين[أ]، ولو قال كذلك لكان أولى لكن لا حاجة إلى إذن الثاني، لأن إذن الأول منهما له بالقبض إجازة لبيع الثاني، فهو كما لو أجاز عقد الفضولي فإنه ينفذ (**أو**) لم يقبضه إلا بإذن (**الثاني**) بعد أن ثبت كون الثاني (**موفراً للثمن**) إلى البائع الأول (**وألا**) يعتقه بعد قبضه بل قبل قبضه أو بعد قبضه من دون إذن منهما أو بإذن الثاني قبل أن يوفر الثمن إلى البائع الأول

حتى يستوفي الثمن، انتهى. زاد في شرح الأثمار والفتح أنه يرجع الموقوف عليه على الواقف بالغلة. وأما كونه يشابه القبض ففي صحة التصرف لا غير [النهي][2].

(أ) **قوله:** البائعين، أقول: هو بلفظ التثنية والمراد بهما البائع الذي العبد باق في يده والبائع الذي لم يقبضه، وصورة ذلك باع زيد من عمرو عبداً ثم باعه عمرو من خالد قبل قبضه، فهذا البيع الواقع من عمرو بيع فاسد والفاسد لا يملك إلا بقبض المبيع بإذن بائعه، فإعتاق خالد له قبل قبضه غير صحيح لأنه إعتاق لما لم يملك، فإن قبضه بإذن البائع صح عتقه، ونفذ هذا إذا كان عمرو قد سلم لزيد الثمن، فإن لم يكن قد سلمه له لم يكف إذن عمرو بل لا بد من إذن زيد وعمرو أيضاً لخالد به وإنما اشترطنا إذن زيد حيث لم يسلم إليه عمرو الثمن؛ لأنه ليس لعمرو قبض العبد حيث لم يسلم ثمنه إلا بإذن زيد.

---

(١) انظر: " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٦٢ - ١٦٣).

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

(**فلا**) يصح العتق إلا أن هذا كله في حيز الدعاوى لأن مانع[أ] العتق إنما هو عدم القبض، وحيث قد نفذ مع اتحاد البيع نفذ مع تعدده، لأن تعدده طرد في مانع النفوذ، فإن البيع الثاني تسليط على القبض والتصرف فهو كما لو كان المعتق وكيلاً بعتق ما لم يقبضه الموكل، وأما توفير الثمن إلى البائع الأول فهو وإن كان موجباً لاستحقاق القبض طرد في مقتضى النفوذ، إذ لو قبضه قبل توفير الثمن ثم باعه ممن اعتقه بعد القبض وقبل توفير الثمن لنفذ العتق اتفاقاً .

وبذلك تعرف طردية التناسخ والتوفير للثمن (**وما اشترى**) شراء **[٤٨٥/٣]** معلقاً (**بتقدير**) من أحد المقادير معين نحو عشرين صاعاً أو رطلاً ولم يكن ذلك التقدير (**وقع**) إلا (**قبل اللفظ**) بالبيع (**أعيد**)[1] التقدير (**لبيعه**) أي لأجله (**حتماً**) ولو

(أ) **قوله:** لأن مانع العتق إنما هو عدم القبض، أقول: مانع العتق عدم الملك اللازم عن عدم القبض، فإنه لا عتق إلا فيما يملك، وهنا لا يملكه حتى يقبضه كما صورناه، فالعتق لاغ واقع على عين غير مملوكة، والشارح سافر ذهنه عن مرادهم حتى توهم أن تعدد البيع مانع، واشتغل ببيان كونه طرداً وهم غير ناظرين إلى اتحاد ولا تعدد في البيع، بل لو شرى من واحد عبداً شراءً فاسداً وقبضه بغير إذن بائعه وأعتقه لم يصح عتقه أيضاً لانتفاء القبض الذي يملك به الفاسد وهو الإذن من البائع، وبه تعرف أنه اشتغل ببيان كلامهم قبل فهم مرادهم **[٤٨٥/٣]**.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٨٢ – ٥٨٥) : وجه هذا ما أخرجه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي عن جابر قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشتري " وهو حديث حسن .

ثم قال : ومعنى الحديث هذا من اشترى طعاماً بكيل ثم أراد أن يبيعه فلا يكفيه الكيل الواقع عند شرائه بل لا بد أن يكيله عند بيعه منه إلى مشتر يشتريه منه ، وسبب هذا الأمر منه ﷺ المخافة من الوقوع في مظنة الربا إذا وقع البيع بعد البيع وكان مثلا من بيع الطعام بالطعام لتجويز النقص بأي سبب ، وأيضاً مجرد تجويز النقص من غير نظر إلى مظنة الربا يكفي لأنه يصير جزءاً من بيع الغرر ، ولهذا وجب على نفس المتبايعين أن يكيله كل واحد منهما ، وإن لم يبعه إلى آخر كما في الحديث الأول ، وقد ذهب الجمهور إلى أن من اشترى شيئاً مكايلة وقبضه ثم باعه إلى غيره لم=

قال لمشتريه لكان هو الصواب[أ] لأن الشرط حضور المشتري واستيفاؤه بنفسه وإلا لـــزم أن يكفي كيل البائع بنية البيع وإن لم يحضر المشتري وليس كذلك، ثم ظاهر قوله لبيعه أنه لا يشترط تأخر التقدير على الشراء، بل يكفي وقوعه بحضرة المشتري لأجل البيع منـــه، وإن تقدم التقدير على الشراء بل ظاهر الدليل كما سيأتي أنه يتقدم التقدير علـــى البيـــع أيضاً .

وهذا بخلاف[ب] ما لو كان البيع جزافاً معلقاً بالجملة، فإنه لا يجب إعادة التقدير،

(أ) **قولـه:** لكان هو الصواب، أقول: قد حول الأثمار العبارة والفتح ولخصاها.

(ب) **قولـه:** بخلاف ما لو كان البيع جزافاً، أقول: هذا مفاد قوله بتقدير، وعبارة شرح الأثمار وحاصل كلام أهل المذهب أن من أراد بيع المكيل ونحوه، فإما أن يشتريه مكايلة أو جزافاً فإن اشتراه جزافــاً جاز له بيعه من دون كيل سواء باعه مجازفة أو مكايلة انتهى. وبه تعرف أن قول الشارح بخلاف مـــا لو كان البيع جزافاً غير صحيح، وأنه كان الصواب أن يقول بخلاف ما لو كان الشـــراء، وعبـــارة الأزهار قاضية بذلك، حيث قال: وما اشترى بتقدير أي: لا ما اشترى جزافاً فالنظر في التقـــدير إلى الشراء لا إلى البيع، فإنه لا عبرة به بيع مجازفة أو كيلاً.

واعلم أن دليل الإعادة في غير الجزاف لفظ الحديث ومفهومه، لأن قوله الصـــاعان دل علـــى أن المراد المبيع الذي جرى فيه الصاع أولاً، لا ما لم يجر فيه وهو الجزاف، فأخذ الفقهاء بمفهومه وهـــو صحة بيع ما لم يجر فيه صاع كالجزاف إلا أن النهي عام لبيع كل طعام، فلا يتم تخصيص بيع الجزاف إلا بحديث ابن عمر[1] المتقدم بلفظ: " كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً وعلم به النبي

= يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً .

وأما قوله : " إلا المزروع " فإن كانت العلة هي تجويز النقص فذلك كائن في المزروع كما هو كائن في المكيل ، وإن كان التجويز في المكيل أكثر وإن كانت العلة مظنة الربا فلا وجود لها في المزروع ، والقياس الوقوف على محل النص وهو المكيل لعدم وجود ما يقتضي الإلحاق بالقياس إلحاقاً صحيحاً . يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على مـــن اشتراه ثانياً .

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

وإنما وجبت الإعادة للتقدير، لحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري،ابن ماجة[1]والدارقطني[2]والبيهقي[3]

صلى الله عليه وآله وسلم وأقرهم عليه " فالحديث دال على أن من باع طعاماً جرى فيه صاعه عند شرائه ثم أراد بيعه ولو في مقام شرائه فلا بد أن يعيد كيله لمشتريه وإن كان حاضراً عند كيل البائع له لنفسه .

وحديث[4] عثمان وحكيم بن حزام وفيه " فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يبيعاه حتى يكيلاه " قاض بالعموم لما شُري بتقدير أو غيره، فإن صدره أنهما كانا يبتاعان التمر وهو أعم من شراءه جزافاً أو غيره، إلا أنهما ضعيفان كما يأتي، وقد يحتمل أن المراد حتى يكتالاه بنفسهما بعد حيازتهما له، فيفيد أنه ما شرى جزافاً لا يباع حتى يعرف قدرة مشتريه، ولو باعه جزافاً فتأمل.

ثم اعلم أن النص ورد في المكيل لا غير لحكمة لا نعلمها، فإنه إذا كاله والمشتري مشاهد ولم يفترقا حتى يجوز نقصه بأي وجه فكان القياس لولا النص أن يكفي ذلك للبائع ثم أنهم ألحقوا بالقياس المعدود والموزون، وهو قياس لا نص على علته، إلا أنهم قالوا العلة التقدير، أو ما ذكره الشارح من العلة، وهذه العلة لا يدل على عليتها مسلك من مسالك العلة يعتد به على أنه قياس على خلاف القياس، كما أشرنا إليه، فالصواب إقرار الحكم في الميكل وعدم تعديه إلى غيره.

---

(١) في " السنن " رقم (٢٢٢٨) .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١٦ رقم ٧٨٧) : " هذا إسناد ضعيف لضعف محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الأنصاري .. "

وله شاهد من حديث ابن عباس ، وابن عمر ، رواهما الشيخان وغيرهما " اهـ

(٢) في " السنن " (٣ / ٨ رقم ٢٤) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٦) . وهو حديث حسن .

(٤) أخرجه أحمد (١ / ٦٢ – ٧٥) والبخاري في صحيحه (٤ / ٣٤٣ – ٣٤٤ رقم الباب (١٥) مع الفتح معلقاً قال الحافظ ابن حجر في " الفتح " (٤ / ٣٤٤) : ووصله الدارقطني من طريق عبيد الله بن المغيرة المصري عن منقذ مولى ابن سراقة عن عثمان بهذا ومنقذ مجهول الحال ، لكن له طريق أخرى أخرجها أحمد وابن ماجة والبزار =

في حديث جابر وفيه ابن أبي[أ] ليلى عن أبي الزبير لم يصرح بالتحديث، وهو مدلس لأن البيهقي[1] قال قد رُوي من وجه آخر عن أبي هريرة وهو عند البزار[2] أيضاً من حديث أبي هريرة، وقال: لا نعلمه إلا من[ب] هذا الوجه، وعند ابن عدي[3] بإسنادين ضعيفين

(أ) **قولـه:** ابن أبي ليلى، أقول: أراد به محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى[4] قاضي الكوفة أحد الأعلام، قال أبو حاتم [5] محله الصدق فولي القضاء فساء حفظه، وقال النسائي ليس بالقوي، قال العجلي[6] كان فقيهاً صاحب سنة جائز الحديث، وأما أبو الزبير فهو محمد بن مسلم أبو الزبير المكي أحد الأئمة مدلس وثقه ابن معين والنسائي وابن عدي، وأما أبو حاتم وأبو زرعة فقالا: لا يحتج به كما في "الخلاصة"[7].

(ب) **قولـه:** إلا من هذا الوجه، أقول: الذي ساقه البزار [2]من طريق مسلم الحموي عن مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد عن أبي هريرة، وكلام الشارح يوهم أن الوجه المشار إليه هو طريق ابن أبي ليلي وأبي الزبير، ولا يناسب ذلك هذا السياق ولا قول البيهقي من وجه آخر، قال الهيثمي[8] بعد سياقه فيه مسلم بن مسلم الجرمي لم [9]أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح.

= من طريق موسى بن وردان عن سعيد بن المسيب عن عثمان به ، وفيه ابن لهيعة ولكنه من قديم حديثه ، لأن ابن الحكم أورده في " فتوح مصر " من طريق الليث عنه ... " اهـ .

قلت وأخرجه عبد بن حميد رقم (٥٢) البزار رقم (٣٧٩) وابن ماجة رقم (٢٢٣٠) والطحاوي (٤ / ١٧) والبيهقي (٥ / ٣١٥) والدارقطني (٣ / ٨) من طرق وهو حديث حسن والله أعلم .

(١) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٦) .

(٢) في " المسند " رقم (١٢٥٦ – كشف) بسند حسن .

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٦٣) .

(٤) انظر : " الميزان " (٦١٣ – ٦١٤) .

(٥) في " الجرح والتعديل " (٥ / ٢٨٦) .

(٦) انظر : " معرفة الثقات " (٢ / ٨٦ رقم ١٠٧) .

(٧) في الخلاصة " للخزرجي رقم الترجمة (٦٦٤٩) بتحقيقي . ط : مكتبة المعارف – الرياض .

(٨) في " مجمع الزوائد " (٤ / ٩٩) .

(٩) قلت : مسلم بن أبي مسلم الجرمي ، ترجم له ابن أبي حاتم في " الجرح والتعديل " (٨ / ١٨٨) وقال : مسلم =

جداً عن أنس وابن عباس، وعند عبد الرزاق [١]أن عثمان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويخلطانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل، فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يبيعاه حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما، ورواه الشافعي[٢] وابن أبي شيبة[٣]والبيهقي[٤] عن الحسن مرسلاً مرفوعاً، وقال البيهقي رُوي موصولاً من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما ثبت عن ابن عمر وابن عباس.

قلت: يعني حديثهما المتقدمين فلا يبعه حتى يستوفيه إلا أنه[أ] لا دلالة فيهما على معنى هذا الحديث، أعني وجوب اختلاف الصاعين، ولا يخفى أن ظاهر الحديث اشتراط تقدم التقدير على البيع بحكم، حتى التي هي للغاية في قوله نهى عن بيعه حتى يجري فيه

(أ) **قوله:** إلا أنه لا دلالة فيهما، أقول: هو كما قاله فإنه ليس فيهما إلا أنه لا يباع حتى يستوفي، وهذا دليل أنه لا يبيع إلا بعد القبض.

= بن عبد الرحمن الجرمي من الغزاة ، روى عنه المنذر بن شاذان . وقال : إنه قتل مائة ألف من الروم .

وذكره الخطيب في " تاريخه " (١٣ / ١٠٠) وقال : وكان ثقة .

وقال ابن حبان في " الثقات " (٩ / ١٥٨) ربما أخطأ .

وقال الأزدي – كما في " لسان الميزان " (٧ / ٩٢) : حدث بأحاديث لايتابع عليها .

وأورده ابن حجر في " اللسان " (٧ / ٩٢) : ولم يذكر توثيق الخطيب له ، واقتصر في ذكر من غمزه ، مع أنه قال في أول ترجمته : سكن بغداد .

فكان ينبغي عليه البحث في " تاريخ بغداد " لأنه مظنته "

" الفرائد على مجمع الزوائد " تأليف : خليل بن محمد العربي (ص ٣٣٥ – ٣٣٦) .

(١) في " المصنف " (٧ / ١٩٧) .

(٢) في " معرفة السنن والآثار " (٨ / ١١٠ رقم ١١٣٠٦) .

(٣) في " المصنف " (٧ / ١٩٧) .

(٤) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٦) .

الصاعان، وأما ما ذكره في "الهداية" [1]شرح البداية للحنفية من أنه لا يعتبر بالكيل قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري، قال: لأنه ليس صاع البائع والمشتري فمبني على أخذ الوصف العنواني في المشترى بالفعل والحقيقة؛ لأنه لا يصدق عليه وصف المشتري حقيقة إلا بعد اللفظ بالعقد واشتراط[أ] أخذه بالفعل ممنوع وإلا لزم مثله في وصف البائع، إذ لا يكون بائعاً حقيقة إلا بعد البيع، ولا قائل باشتراط كون الكيلين بعد البيع، ولو اعتبرنا حقيقة اللفظ لوجب أن لا يكفي مكيال واحد، ولا قائل به، فإذن المراد باختلاف

(أ) **قوله:** واشتراط أخذه بالفعل ممنوع، أقول: وسند المنع لزوم مثله في البائع، وأنه يجري فيه المكيالان بعد نفوذ العقد، مع أنه خلاف ظاهر الحديث كما سلف ويأتي وحينئذ فالمراد بالبائع مريد البيع وبالمشتري أعم من ذلك، فيشمل ما إذا أجرى فيه الصاعان بحضرته قبل العقد وبعده، فعلى الثاني يكون مشترياً حقيقة، وعلى الأول مجازاً، والجمع بينهما على إرادة عموم المجاز غير منكور، ولا يخفى أن النهي للبائع وهو مالك الطعام مثلاً عن بيعه حتى يجري فيه صاعه أي صاع شرائه من غيره، فإنه لا يحوزه ويصير مالكاً له في غير الجزاف إلا بذلك.

فهذا قد ملك الطعام وجرى فيه صاع شرائه، فإذا أراد بيعه فلا بد من أن يجري فيه صاعه لمشتريه، فالبائع قد قام به إرادة البيع، والمشتري إرادة الشراء، فالنهي متوجه إلى البائع أنه لا بد وأن يعيد كل ما شراه لنفسه عند بيعه من غيره فهذا الصاع صاع البائع بالنظر إلى أنه يعطي به المشتري، وسمي صاع المشتري بالنظر إلى أنه يأخذ به ما شراه ويستوفيه، فثنى لفظه في الحديث بالاعتبارين، وأما صاع البائع الذي دخل الطعام في ملكه فهو صاع متقدم وقع به التقدير عند شرائه، فليس بمراد في الحديث أصلاً لأنه ما صار الطعام ملكاً لبائعه إلا بعد جريه فيه، وبه تعرف عدم صحة قول الشارح كون المكيلين بعد البيع، وبطلان قوله وإن كان كليهما قبل العقد فإنه لا يسمى الصاع قبله صاع بائع ولا صاع مشتر، فلا يدخل تحت لفظ الحديث، فإنه نهى عن بيع الطعام، وقبل العقد لا بيع، فلا يتوجه إليه النهي.

---

(١) انظر : " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤٣٩ – ٤٤٠) .

الصاعين اختلاف الكيلين على المكيل، وإن كان كلاهما قبل العقد إذا أريد فعل الآخر منهما للمشتري، وبنية شرائه بل هو الظاهر من الحديث كما عرفناك ٠

(***إلا الذرع***) [1]فلا يجب إعادته للمبيع إما لأن النص إنما هو في المكيل وإنما قيس عليه الموزون والمعدود بجامع إمكان النقص الذي هو علة النهي، أو لأن الذرع وصف للثوب بخلاف الكيل والوزن والعدد فليست بأوصاف لمقدراتها، وفيه نظر لأن نقص[أ] المذروع ممكن، ولأن كونه وصفاً للثوب إنما يتجه التعليل به فيما لو بيع الثوب جملة ووصف بالذرع المخصوص، ولا نزاع في صحة مثل ذلك في المكيل والموزون كما في بيع الصبر، فالفرق من وراء الجمع

(***و***) المشترى (***يستحق القبض***) [2] للمبيع (***بإذن البائع مطلقاً***) أي سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، إلا أن الإذن مجرد إباحة وهي لا توجب الاستحقاق في الفاسد، وإنما توجب جواز القبض؛ لأن معنى الاستحقاق عدم جواز المنع له بعد الإذن، ولا يثبت ذلك في الفاسد قبل القبض؛ لأنه إنما يملك بالقبض والاستحقاق[ب] فرع الملك (

(أ) قوله: لأن نقص المذروع ممكن، أقول: قالوا مسلم إلا أنه في نقص المذروع نقص صفة، وفي غيره نقص قدر، والذي يخل بالبيع الثاني لا الأول.

قلت: ولم يتضح لي ما قالوه فينظر، والشارح قد جرى هنا وفيما سلف على أنه لا فرق وهو الأقرب لمن ألحق بالكيل غيره من المقادير لا كما اخترناه من أنه لا يلحق بالمكيل غيره.

(ب) قوله: الاستحقاق فرع الملك، أقول: هذا بحث رصين وكلام متين.

---

(١) فإن كانت العلة هي تجويز النقص فذلك كائن في المزروع كما هو كائن في المكيل ، وإن كان التجويز في المكيل أكثر ، وإن كانت العلة مظنة الربا فلا وجود لها في المذروع ، والقياس الوقوف على محل النص وهو المكيل لعدم وجود مايقتضي الإلحاق بالقياس إلحاقاً صحيحاً ٠

" السيل الجرار " (٢ / ٥٨٥) بتحقيقي ٠

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٨٥) ٠ =

أو **توفير الثمن**) لكن (**في الصحيح**)[أ] فقط، وإذا ثبت للمشتري الاستحقاق (**فلا**) يجوز أن (**يمنع [٤٨٦/٣]**) المشتري (**منه**) أحد (**إلا ذو حق**) ثبت له من البائع في المبيع قبل البيع (**كالمستأجر**) له من البائع، ولما تتم مدة إجارته إذا لم يكن البيع لعذر يقتضي فسخ الإجارة أيضاً (**لا الغاصب والسارق**)[1] والمستعير والوديع فإنهم[ب] يبرئون بالرد إلى المشتري بناء على صحة بيع المسروق والمغصوب، وقد تقدم الخلاف فيه.

(أ) **قال:** في الصحيح فقط، أقول: لم يستدل لهذا هنا ولا في شرح الأثمار، وكأنه لظهور الوجه وهو أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن [٤٨٦/٣]. [ولله جزيل الحمد وله المنة][2].

(ب) **قوله:** فإنهم يبرئون، أقول: ليس السياق في البراءة وعدمها بل فيمن له حبس العين المبتاعة، ومن ليس له، فالأولى أن يقول فإنه ليس لهما الحبس للعين المبتاعة.

= يستحق القبض بوقوع المناط الشرعي وهو التراضي ، لأنه بذلك قد خرج عن ملك بائعه ودخل في ملك مشتريه ، ولكن للبائع حبسه عنده حتى يستوفي ثمنه ، ولا وجه للتفرقة بين صحيح وفاسد فإن المعتبر المناط المذكور .

وأما قوله : " ولا يمنع منه إلا ذو حق " فقد عرفناك فيما تقدم أن الإجارة تبطل بالبيع " .

وأما قوله : " لا الغاصب والسارق " فيدهما يد عدوان وعليهما رده إلى يد من قد استقر الملك له .

وانظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٦٧ – ١٦٩) .

(١) انظر : " السيل الجرار " (٢ / ٥٨٥) وقد تقدم كلام الشوكاني بنصه .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

باب

الشروط[أ] المقارنة للعقد

أي شروط العقد المقارنة له ، ولو قال كذلك لكان أصرح

(أ) **باب:** الشروط المقارنة للعقد، أقول: في "نهاية المجتهد" [1] والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث .

أحدها حديث جابر[2]: " ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة " وهذا الحديث في الصحيح .

والحديث الثاني حديث بريرة[3]، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط " والحديث متفق على صحته .

والثالث حديث جابر: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم -وفيه- وعن الثنيا " أخرج مسلم[4] فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط، فقال قوم البيع فاسد، وممن قاله أبو حنيفة والشافعي، وقال قوم: البيع فاسد والشرط جائز، وممن قال بهذا: ابن شبرمة، وقال قوم: البيع جائز والشرط باطل، وممن قال بهذا: ابن أبي ليلى، وقال أحمد: البيع جائز مع شرط واحد، فإما مع شرطين فلا .

---

(١) (٣ / ٣٠٨ – ٣٠٩) بتحقيقي .

(٢) وهو حديث صحيح وقد تقدم مراراً .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢١٦٨) ومسلم رقم (٨ / ١٥٠٤) وأبو داود رقم (٣٩٢٩ ، ٣٩٣٠) والترمذي رقم (٢١٢٤ ، ٢١٢٥) والنسائي (٦ / ١٦٤) وأحمد (٦ / ٣٣ ، ١٧٠ ، ١٨٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢) ومالك في " الموطأ " (٢ / ٧٨٠ رقم ١٧) من حديث بريرة .

(٤) كذا في المخطوط ولعلها خرجه ، أو أخرجه .

. . . .

فأما من أبطل البيع والشرط فأخذ بعموم نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن الثنيا، ومـــن أجازهمـــا جميعاً أخذ بحديث جابر الذي فيه البيع مع الشرط، ومن أجاز البيع وأبطل الشـــرط أخـــذ بعمـــوم حديث بريرة.

ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد أخـــذ بحـــديث[1] عمـــرو بـــن العـــاص[2]، قـــال: قـــال رسول الله صـــلى الله عليـــه وآلـــه وســـلم: " لا يحـــل بيـــع وســـلف، ولا يجـــوز شـــرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع مـــا لـــيس عنـــدك " ثم ذكـــر تفصـــيلاً في مـــذهب مالـــك وأطال فيه، وقد ذكر في شرح الفتح نحـــو هـــذا، وذكـــر قصـــة مســـتنده، وفي شـــرح الأثمـــار أيضاً، وسيأتي في الكلام على قوله يوجب انتفاء الملزوم ما يفيد الجمع بينها.

---

(١) في صحيحه رقم (٨٥ / ١٥٣٦) وهو حديث صحيح .

(٢) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .

أخرجه ابن حزم في " المحلى " (٨ / ٤١٦) والخطابي في " معالم السنن " (٣ / ٧٧٠ – مع السنن) والطبراني في " الأوسط " رقم (٤٦٨٣) وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ٨٥) وقال : رواه الطـــبراني في " الأوســـط " وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال " .

* وعن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال : " لا يحل سلف وبيع " ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك "

أخرجه أحمد (٢ / ١٧٤ – ١٧٥ ، ١٧٨ – ١٧٩ ، ٢٠٥) وأبو داورد رقـــم (٣٥٠٤) والترمـــذي رقـــم (١٢٣٤) والنسائي رقم (٤٦٣٠) وابن ماجه رقم (٢١٨٨) .

وهو حديث حسن .

فصل

(**يفسده[أ] صريحها**)[1] يريد ما صير العقد مستقبلاً بأن يجعل جـزاء للشـرط المجهول..............................

(أ) **قولـه:** فصل يفسده صريحها، أقول: في شرح "الأثمار" عنى الصريح أن يأتي بأي أدوات الشرط، نحو بعت منك هذا الشيء إذا جاء زيد، أو إذا أعطيتني كذا ونحو ذلك، فقول الشارح يريد مـا صـيّر العقد مستقبلاً أي مع الأداة الصريحة صحيح، إلا أنه سيأتي له أنه لا دخل لـذلك في الإفسـاد، ثم المراد بالعقد جزاءه الإيجاب والقبول، وإن كان التعليق في الأمثلة لم يقع إلا في الإيجاب، لأن القبول يترتب عليه، فهو مقيد بما قيد به، فكأنه قال المشتري شريت منك إذا جاء فلان، فـلا يتـوهم أن العقد أطلق على جزئه .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٥٨٩) : " فعرفت بمجموع ماذكرناه أن الشروط الواقعة في العقـد لا تقتضي الفساد بل هي إما باطلة في نفسها لكون ذكرها كعدمها أو صحيحة معمول بها هي والعقد إلا ما كان منـها مقتضياً للوقوع في الغرر الذي يحصل عند التردد وعدم العلم بالحقيقة فإن ذلك لا يتحقق معه التراضي الـذي هـو المناط في المعاملات الشرعية ، وليس عدم الصحة لمجرد الشرط بل لاقتضائه الوقوع في بيع الغرر المنهي عنه حسـبما قدمنا .

وبهذا تعرف أن لا فرق في الشروط بين صريحها ومستقبلها وحاليها وعقدها ، فإن كل ماسلم منها من الجهالة الموقعة في بيع الغرر فهو غير مؤثر في المناط الذي هو التراضي ، ولا منع من أن يحصل التراضي على انتقال الملك من ملـك البائع إلى ملك المشتري بعد شهر أو سنة أو أكثر إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليهـا عند التراضي ، كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي مدة من الزمان عليها ، فإن هذا تجارة عن تـراض أباحها الشرع ، ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل ، وهذا التحقيق يبصرك في جمع ماذكره المصنف رحمه الله من الصور والأمثلة ، فما كان منها مستلزماً للجهالة في المبيع الموجبة لبيع الغرر فهو ممنوع ، ومـا لم يكـن كذلك فلا اعتبار به ، بل هو إما باطل في نفسه غير مؤثر في البيع ، كالشروط المستلزمة لرفع موجب العقد المخالفة لما يقتضيه ، كما يفيد ذلك حديث بريرة أو هو صحيح في نفسه مع صحة العقد ، وهو ما يرجع منها إلى حـديث جابر وحديث ابن عمر في شرط عدم الخداع ، فلا نطول الكلام على هذه الصور التي ذكرها المصنف فإن في هـذا البحث ما يغني عن ذلك .

وقت حصوله في المستقبل نحو إذا جاء زيد فقد بعت منك أو نحو ذلك لعدم استقرار العقد حينئذ، إذ موجب الإفساد هو الجهالة لا مجرد صراحة الشرط بدليل قوله: (**إلا الحالي**) نحو بعت منك إن كنت ابن فلان فإنه يصح معه العقد، وإن كان صريحاً لأنه قيد[أ] لحكم الجزاء فيتقيد البيع به إن حصل وإلا فلا بيع رأساً، ومثله ما مثلوا به خيار فقد الصفة وإن كان القياس فيه تجديد العقد إن رضي بفقدها، لأن العقد الأول مقيد بوجودها سواء كان بصريح معنى الشرط أو بعقده؛ لأن معنى الشرط توقف أمر على أمر، وذلك حاصل الصريح وغير الصريح، وقد صححوا بعت منك على تأدية الثمن ليوم كذا وإلا فلا بيع.

وإذا عرفت أن صراحة الشرط طرد في تأثير الإفساد، وأن مناط الإفساد هو ما يستلزمه من الجهالة لا غير، عرفت أنه لا وجه للفصل بينهما، وأنه كان يكفيه أن يقول يفسده من صريحها.

وفي "المنار" [1]ما لفظه قد مضى في إنشاء الطلاق ونحوه أن الشرط لا يمنع الصحة، وبطلان مذهب الناصر والإمامية في منع ذلك ففرقهم بين العقد وغيره، مع أن المعنى على التعليق وعدم النفوذ في الحال، فينظر في الوجه، فأما مثل ما يقال مقتضى البيع مثلاً انتقال الملك في الحال أو صحة القبض فهو احتجاج بنفس المذهب.

قلت: وبعد تقرير الشارح أن الفساد للعقد مع الشرط للجهالة ينفي هذا الإيراد، وقد صرح المصنف في البحر بقوله: ويصح من الشروط ما لا يقتضي جهالة كخيار معلوم، انتهى. قال في "المنار"[2]: يدل على صحة هذا القسم أدلة ثبوت الخيار إذ هو شرط من حيث المعنى.

(أ) **قوله:** لأنه قيد لحكم الجزاء، أقول: تسمية بعت في المثال جزاء على رأي الكوفية لا البصرية، فهو عندهم دليل الجزاء، إلا أن المعنى على القولين واحد. واعلم أن كونه حالياً أنه لم يتقيد بأمر مستقبل، بل بأمر حاصل في نفس الأمر، فإذا انكشف حصوله نفذ البيع.

---

(١) (٢ / ٣٥) .

(٢) " المقبلي " في المنار " (٢ / ٣٦) .

(**ومن عقدها**[أ] ***ما اقتضى جهالة في البيع***) أي: العقد نفسه بأن يجهل استقراره وعدمه مطلقاً، لئلا يراد به مجهول الاستقرار في مدة الخيار المعلومة أيضاً، ومثل غير المستقر مطلقاً بقوله: (**كخيار**) شرط وهو (***مجهول المدة***) سواء كان بصريح الشرط نحو شريت منك إن كان لي الخيار، أو بالعقد نحو على أن لي الخيار .

وأما قوله (***أو صاحبه***) فلا يقتضي جهالة في البيع إلا مع جهالة المدة؛ لأنه لو قال بعت منك على أن لصاحبي الخيار ثلاثاً لم يكن هناك جهالة في البيع رأساً، لأن العقد ينفذ بمضي الثلاث سواء عرف صاحبه أو جهل، غاية الأمر أن يختلفا في تعيين الصاحب فيكون القول قوله، وكذا لو قال على أن لرجل الخيار نفذ البيع باختيار رجل ما، لأن المطلق ظاهر في كل شخص من أشخاصه، إلا أن يكون بصيغة العموم [نحو على أن لكل رجل الخيار][1] فلا شك في استلزامه الجهالة لاختلاف الأشخاص في اختيار الإمضاء وعدمه، إلا أنه لا جهالة لصاحب[2] الخيار مع العموم؛ لأن العام[ب] كالعلم لكل من جزئياته .

(أ) **قال:** ومن عقدها، أقول: أي عقد الشروط، وإضافة العقد إليها، لتضمنه إياها، واشتماله عليها، وهو أن يأتي فيه بأي حروف علب، ثم إنه قد يكون عقدها مع صريح الشرط كما يأتي للشارح فلا يتوهم أن التقابل لعدم الاجتماع بحال.

(ب) **قوله:** لأن العام كالعلم، أقول: العام حقيقة في كل أفراده، ولذا كان بعد التخصيص مجازاً عند الأكثر، والعلم ما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره، فلا جامع بينهما، نعم بحثه صحيح أنه مع المطلق لا جهالة في البيع نفسه، وأما مع العموم فهو في قوة على أن لكل واحد من أفراد العام الخيار، فإن أريد به جماعة معينين من إطلاق العام وإرادة الخاص صح مع القرينة، وإن أريد العموم حقيقة فهو كالتعليق بالمحال فيفسد به البيع.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في نسخة أخرى لاجهالة صاحب .

(**أو**) ما اقتضى جهالة (**في المبيع**) فإنه يفسد، وأما تمثيله بقوله: (**كعلى إرجاحه**) فبناء على أن[أ] العادة لا يتعين بها قدر الإرجاح، وإلا فهو متعين كما يتعين المعتاد في الإجارة كما سيأتي وغيرها، وأما قوله في تمثيل جهالة المبيع (**أو**) شرط (**كون البقرة لبينا ونحوه**) ككون الفرس سبوقاً فالشرط إنما هو كثرة اللبن والسبق وليس من المبيع في شيء، لما تقدم من أنه "لا يصح بيع اللبن في الضرع"[1]، فالقياس صحة البيع وثبوت الخيار لفقد الصفة كما سيأتي في المثال بنفسه .

وأما توهم الفرق بين لبون ولبين بأن لبيناً للمبالغة لا لبون فمن أوهام القاصرين في علم الإعراب، لأنهما كليهما للنسب[ب] لأنهما ليسا بمشتقين من فعل، فهما بمعنى ذي لبن، كجريح بمعنى ذي جرح، وإنما المبالغة في فعيل وفعول من الفعل المتعدي نحو عليم وضروب .

(أ) **قوله:** على أن العادة لا يتعين بها قدر الإرجاح، أقول: قد صرح شارح الأثمار أن ذلك حيث لم يجر عرف بقدر معلوم.

(ب) **قوله:** للنسب، أقول: هو كما قال، فإن في "القاموس "[2]شاة لبون ولبينة ولبنة وملبن كمحسن وملبنة ذات لبن، وقوله كجريح لا يحسن تشبيهها به لأنه مشتق من فعل متعد وهو الجرح، وصفات المبالغة لا تكون إلا من فعل لازم على أنهما لو كانا من فعل متعد فلا فرق بينهما، فإن فعيلاً وفعولاً من صيغ المبالغة، هذا وفي شرح "الأثمار"ما يقتضي بأن ذلك للعرف لا للغة، فلو قيل ولو جرى العرف بأن لبيناً ولبوناً كليهما للمبالغة فسد العقد فيهما، وإن جرى بأنهما بمعنى ذات لبن صح العقد فيهما، وكذا يأتي لو جرى عرف بأن لفظة لبون للمبالغة ولبين بمعنى ذات لبن فسد البيع في الأولى وصح في الثانية.

---

(١) تقدم تخريجه ونصه . (٢) " القاموس المحيط " (ص ١٥٨٦) .

(***أو***) اقتضى الشرط جهالة (***في الثمن كَعَلَيَّ إرجاحه***) والكلام فيه كما تقدم[أ].

(***و***) إنما المثال الصحيح (***منه***) أن يقول اشتريت منك هذه الصبرة (***على حط قيمة كذا***) مقداراً (***من***) ثمن (***الصبرة***) لأن القيمة تختلف باختلاف المقومين لا سيما إذا كانت في غير ماله سعر معروف في [٤٨٧/٣] الحال، فيستلزم جهالة قدر الثمن (***لا***) لو شرط حط (***كذا من الثمن***) ما لم يستلزم الحط جهالة فيما بقي من الثمن أو المبيع .

(***و***) من الجهالة في الثمن أن يقول: بعت منك هذه الأرض (***على أن ما عليك من خراج الأرض***) هو (***كذا***) وكان ذلك (***شرطاً***) أي على جهة الشرط (***لا***) على إرادة كونه (***صفة***) للأرض المبيعة، وإلا لما وجب إلا الخيار لفقد الصفة كما سيأتي هذا إن شرط (***فخالف***) الواقع الشرط إلى أقل أو أكثر مع إطلاق تسليم الخراج، أما لو لم يخالف كان شرطاً حالياً لا يفسد كما تقدم، أو قيد تسليم الخراج المشروط بمدة معلومة؛ لأنها زيادة في الثمن معلومة تلحق[ب] في العقد كما تقدم، قيل: وإنما يفسد جهالة مدة تسليم الخراج إذا جعل من جملة الثمن، لا إذا شرط تسليمه إلى الإمام ونظره

(أ) **قوله:** كما تقدم، أقول: الكلام فيه أيضاً كما تقدم [٤٨٧/٣].

(ب) **قوله:** تلحق بالعقد، أقول: إذا كان الخراج مما يثبت في الذمة، وإلا فسد العقد لأنه مبيع كذا قيد في الحواشي.

المصنف، ولا وجه[أ] للنظر لأنه من الشروط التي تلغو كشرط أن لا يطأ الأمة المبيعة أو يعتقها أو يهبها لفلان كما سيأتي، غاية ما يلزمه صحة رجوعه عند عدم الوفاء بالشرط بما حط من الثمن لأجله (**ومنه**) أي: مما يقتضي جهالة في الثمن (***شرط الإنفاق من الغلة***) سواء جهل قد النفقة أو علم، أما إذا جهل فلجهالة الثمن، وأما إذا علم فلجهالة حصول الثمن، لجواز تعذر الغلة، هذا إن جعل الإنفاق من جملة الثمن وإلا كان كشرط الخراج للإمام كما تقدم (***ولو***) كان اشتراط الإنفاق (***لمعلومين***) لأن العلم بالمنفق لا يستلزم العلم بقدر النفقة (***أو***) شرط في العقد ما (**رفع موجبه**) فإنه مفسد له (**كعلى أن لا تنتفع**) بالمبيع، وقال البصري[1] والنخعي وابن أبي ليلى[2] وقول للشافعي[3] [رضي الله عنه][4] يلغو الشرط فقط كما لو شرط أن يعتق العبد.

قلت: وهو قياس ما اختاره المصنف في النكاح كما تقدم، وأجاب عن قياسهم المذكور هنا بأن اشتراط أن لا ينتفع[5]، ونحوه منع تصرف بخلاف اشتراط أن يعتق، وهو تهافت لظهور أن اشتراط العتق منع للاستخدام الذي هو أعظم من موجبات العقد، وأما

(أ) **قوله:** ولا وجه للنظر، أقول: وجهه في "الغيث "[6] والبيان بأنه شرط مع البيع منفعة يصح إفرادها بالعقد، وهي مجهولة القدر، ولو كانت معينة لشخص وهو الإمام فسد العقد.

---

(١) انظر : " المغني " لابن قدامة (١٤ / ٥٣٥) .

(٢) انظر : " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٣٠٦ - ٣٠٧) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٥٩ - ٦٠) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) [في نسخة أن لا يبيع] .

(٦) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٧٨ - ١٧٩) .

قوله: (**غالباً**) فقد احترز به عن صورتين صححوا[أ] فيهما الشرط مع رفعه موجب العقد.

إحداهما: أن يبيع الجارية على أن لا يطأها المشتري لأن الوطء قد لا يكون من موجبات الملك كالرضيعة، ونظره المصنف ونظرة حق ذهب إليه أبو حنيفة[1]، لأن قيام مانع الرضاع لا ينافي المقتضي وكون الشرط مانعاً كالرضاع محل النزاع.

والثانية: اشتراط أن يكون الولاء للبائع، فإن البيع يصح والشرط يلغو لحديث بريرة المقدم في النكاح، وقال مالك[2] والشافعي[3] بل يصحان معاً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعائشة [رضي الله عنها] [4]اشتريها واشترطي لهم الولاء، ولا يأمر بباطل، قلنا: ليس بأمر حقيقي وإنما هو كالتهديد ليرتب عليه الحكم ببطلانه، فإن إبطال ثمرة شيء فرع وقوعه.

قلت: إلا أن ما اختاره المصنف للمذهب إنما يتمشى على قصر[ب] العموم على سببه وليس ذلك من مذهبه في الأصول، وكان حق عموم، قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله فهو باطل "[5] أن يبطل كل شرط رفع

(أ) **قوله:** صححوا فيهما الشرط مع رفعه موجب العقد، أقول: إنما صححوا الشرط في الصورة الأولى لا في الثانية، بل قالوا يلغو الشرط في الثانية.

(ب) **قوله:** قصر العموم على سببه، أقول: هذا من قصر العموم على شخص السبب وهو أخص من قصره على نوع السبب.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٤ / ٦٩١) .

(٢) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤ / ١٠٦) .

(٣) " الأم " (١٠ / ١٥٥ – اختلاف الحديث وانظر " معرفة السنن والآثار " (٤ / ٤٦٢) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

موجب العقد كما هو مذهب الحسن، ومن تقدم معه، لأن ذلك هو الذي ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم، كما يشهد به السبب، فإن ثبوت الولاء للمعتق لازم للعتق بالسنة[أ] الصحيحة وثبوت العتق لازم للملك؛ لأنه من موجباته الضرورية ولازم اللازم لازم فلو بطل اللازم بتصحيح الشرط لبطل الملزوم الذي هو البيع الثابت، بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[1] لأن انتفاء اللازم يوجب[ب] انتفاء الملزوم،

(أ) **قوله**: بالسنة الصحيحة، أقول: قد يقال إذا كان معرفة الحكم هذا أعني كون الولاء لمن أعتق من حديث بريرة، فالذين شرطوا الولاء لهم لا لوم عليهم لجهلهم الحكم، وقد وقع منه صلى الله عليه وآله وسلم تعنيف لهم يدل على أنهم كانوا عارفين بأن الولاء لمن أعتق، فالظاهر أن كون الولاء لمن أعتق كان شرعاً قديماً متقرراً ثابتاً، وهذا بحمد الله وجدناه في "فتح الباري "[2]بعد مدة من تأليف الحاشية، ويدل عليه أنهم شرطوا الولاء لهم بأنه يؤخذ منه أنهم لو لم يشترطوا لكان الولاء لمن أعتقه، وثبوته للمعتق هو الأوفق بحكمة الله تعالى وجزائه، لأن المعتق قد فوت ماله بتحرير رقبة، فمقتضى الحكمة أن يكون له الولاء الذي قد ينال به خيراً وجبرا لما أسلفه وأما من عاوض برقة ونال ثمنه فلا تقتضي الحكمة ذلك.

(ب) **قوله**: يوجب انتفاء الملزوم، أقول: هذا يجري في اللوازم العقلية لا الشرعية فإنه قد يخصص الشارع بعض اللوازم ويبقي ملزومها، والأقرب أن المراد بكل شرط ليس في كتاب الله، هو ما لم يأذن الله فيه ولا رسوله، بل أمر بخلافه كالولاء على ما قررناه أن الظاهر أنه كان شرعاً قديماً، وليس المراد بكتاب الله القرآن، بل ما كتبه وفرضه، وحديث [3]المؤمنين عند شروطهم إلا أنه قال

---

(١) [سورة البقرة : ٢٧٥] .

(٢) (٥ / ١٩٥) .

(٣) وهو حديث صحيح لغيره .

أخرجه أبو داود رقم (٣٥٩٤) وابن الجارود رقم (٦٣٧ ، ٦٣٨) والدارقطني (٣ / ٢٧ رقم ٩٦) والحاكم (٢ / ٤٩) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٦٤ ، ٦٥) وأحمد في " المسند " (٢ / ٣٦٦) وابن حبان رقم (١١٩٩ – موارد) .
=

وبذلك يتحقق أن ليس المراد بما ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله [صلى الله عليه وآله وسلم][1]، ما لم يذكره فيهما كما هو الظاهر، وإلا لزم بطلان كل شرط صح اشتراطه، لأن أعيان الشروط لم تذكر في الكتاب ولا في السنة، فإذن المراد بطلان معارض ما ثبت

ابن حزم[2] أنه خبر مكذوب لأنه إنما رواه كثير بن زيد، وهو ساقط أو من هو دونه أو مرسل عن عطاء، ثم ذكر قريباً مما قلناه وما في معناه مراد به الموافقة لكتاب الله ولما أذن فيه، وأما زيادة الشارح ولا سنة رسوله في متن الحديث فلم تثبت في المتفق عليه، وقد أخرج الحاكم[3] من حديث أنس وعائشة المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق، فهذا القيد لكل شرط يتفق، وحديث النهي عن بيع وشرط [4]يحمل على شرط لا يوافق ما أذن الله تعالى فيه، ويحمل عليه ما يأتي للشارح ولا حاجة إلى التدريج الذي طول به بحثه ولا إلى دعوى الاختصاص، فيلغو كل شرط خلاف ذلك ويصح العقد [٤٨٨/٣].

= وابن عدي في " الكامل " (٦ / ٢٠٨٨) كلهم من حديث كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين " زاد بعضهم : " إلا صلحا حرم حلالاً وأحل حراماً .

*وأخرجه ابن ماجه رقم (٢٣٥٣) والترمذي رقم (١٣٥٢) والحاكم (٤ / ١٠١) والدارقطني (٣ / ٢٧ رقم ٩٨) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٧٩) كلهم من حديث عمرو بن عوف . وهو حديث صحيح لغيره .

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في " المحلى " (٨ / ١٦٢) .

(٣) في " المستدرك " (٢ / ٥٠) وسكت عنه هو والذهبي .

قلت : وأخرجه الدارقطني في " السنن " (٣ / ٢٨ رقم ١٠٠) إسناده ضعيف جداً ، عبد العزيز البالسي الجزري اتهمه أحمد ، وقال النسائي وغيره ، ليس بثقة .

ولهذا قال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٦) إسناده واهٍ .

(٤) تقدم تخريجه وهو حديث حسن .

فيهما، لأن ما ثبت فيهما لا يكون نقيضه فيهما، لقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾[1] [٣/٤٨٨] فذلك من الكناية بذكر الملزوم وإرادة اللازم.

وأما احتجاج الحنفية [2] وبعض أصحاب [3] الشافعي على إبطال العقد مع الشرط بأن تصحيح عقد عائشة لشراء بريرة مع شرط الولاء للبايعين خاصة لعايشه [رضي الله عنها][4] فيبطل مثل ذلك في غيرها لحديث النهي عن بيع وشرط كما سيأتي جمعاً بين الدليلين، فالجمع ممكن بحمل حديث النهي عن بيع وشرط، على الشروط المقتضية للجهالة كما تقدم، على أنه يمكن الجمع بتوجيه النهي عن بيع وشرط، إلى الجمع بينهما ليكون الفاسد هو الجمع لا المجموع، وذلك نفس تصحيح العقد وإبطال الشرط وعسى أن يأتي تحقيق لذلك إن شاء الله تعالى (**ومنه**) أي مما يرفع موجب العقد اشتراط (**بقاء المبيع**) في يده (**ولو**) قصد بذلك استبقاؤه (**رهناً**) في الثمن وأقول: في هذا نظر لأن قبض المشتري المبيع قبل توفير الثمن ليس من موجبات العقد فالقياس[أ] صحة هذا

(أ) **قوله:** فالقياس صحة هذا الشرط، أقول: وقد استشكل أيضاً بأن رهن المبيع قبل قبضه لا يصح.

---

(١) [سورة النساء : ٨٢] .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٣٠٦ – ٣٠٧) .

(٣) قاله النووي في شرحه لصحيح مسلم (١٠ / ١٤٠) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

الشرط (**لا رده**) رهناً بعد القبض وتوفير الثمن فإن ذلك كعلى[أ] أن لا ينتفع رفع لموجب الملك (**و**) مما يرفع موجب العقد اشتراط البائع (***بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدتها***) لأنه منع لتصرف المشتري، وأما اشتراط المشترى فقيل يفسد أيضاً، لأنه بيع وإجارة، وسيأتي في متن الكتاب أن ما بيع من الشجر مع حقه بقي فلا يفسد وهو قول المؤيد بالله (**و**) مما يرفع موجب العقد أن يشتري (**على**) شرط (***أن يفسخ إن شفع***) إلا أن في ذلك نظر لأن موجب العقد هو الشفعة ولم يشترط عدمها إنما شرط الفسخ وليس عدمه من موجبات العقد مع أن الفسخ لا يمنع الشفعة[ب]، لأنه إن كان

(أ) **قوله:** فإن ذلك كعلى أن لا تنتفع رفع لموجب الملك، أقول: قد صحح ما أبطلوه وأبطل ما صححوه، فإنهم قالوا: لا يفسد العقد شرط رد المبيع بعد قبضه رهناً في ثمنه، والشارح وهم فقال بعد القبض وتوفير الثمن، وإذا قد وفر الثمن ففي أي شيء يرهن إذ كلامهم في رده رهناً في ثمنه، وعبارة شرح "الأثمار" لا حيث شرط عليه أن يرده بعد قبضه رهناً في ثمنه، فإنه يصح، قال شارح "الأثمار" فإن ذلك يصح ويصح معه العقد.

قلت: إلا أنه قد أورد عليهم الوابل أنه شرط مستقبل وقرر ذلك في شرح الفتح[1]، وهو في "الزيادات"[2]، ولا يخفى أن قول الشارح أن ذلك رفع لموجب الملك فيه تأمل لأن موجب الملك أبدية بقاء العين تحت يد المالك لا تخرج إلا باختياره، وشرط رهنها حتى يسلم الثمن لا ينافي ذلك إلا أن يقال: إن موجبه أن لا تحرج من يد المالك إلا باختياره لا بشرط عليه.

(ب) **قوله:** لأنه إن كان الفسخ لفساد.. إلخ، أقول: الفرض أن الفسخ ليس لشيء غير اشتراطه في صلب العقد، وذلك الاشتراط لم يكن إلا لعدم ثبوت الشفعة في العين فهو في قوة اشتريت منك هذه العين على أن لا تشفع، وإلا فلا شراء، وهذا هو رفع موجب العقد، إلا أنه قد يقال هذا العقد فاسد لتعلقه بشرط مستقبل.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ١٩٩) .

(٢) انظر : " مؤلفات الزيدية " (٢ / ٨٢ – ٨٣) .

الفسخ لفساد فالشفعة ليست من موجبات الفاسد، وإن كان بالتراضي في صحيح فهو تقايل، والتقايل لا يمنع الشفعة (**أو علّقه**) أي العقد (**بمستقبل كعلى أن تغل**) الأرض (**أو تحلب**) البقرة فيما سيأتي من الزمان (**كذا**) فإن ذلك يفسد العقد لتقييده بشرط مجهول الحصول، فلا يعلم استقراره لأنه في قوة إن أغلت كذا أو حلبت كذا فقد بعت منك، وقد تقدم أن ذلك مفسد (**لا**) لو قال بعت منك (**على تأدية الثمن ليوم كذا وإلا فلا بيع**) أو على تأدية المبيع ليوم كذا وإلا فلا شراء، فإن هذا وإن كان تعليقاً بمستقبل فلا يفسد البيع خلافاً للشافعي، لنا ما يروى عن ابن عمر أنه كان يفعل ذلك ومثله توقيف.

وأجيب بالمنع مسنداً بحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع العربان[أ]، فسره مالك [1]وعبد الرزاق [2]عن الأسلمي عن زيد بن أسلم بأن يشتري

(أ) **قوله:** العربان، أقول: ضبط في نسخة الشارح بكسر المهملة وفي "شرح المنهاج"[3] و"القاموس"[4] أنه بضم فسكون بزنة قربان، ويقال فيه العربون، وفي "النهاية"[5] يقال أعرب في كذا وعَرَب وعَرَبَن وهو عُربان وعُرُبون وعَرْبون، وفسره بأن يشتري السلعة ويدفع إلى صاحبها شيء على أنه إن أمضى البيع حُسب من الثمن، وإن لم يمض كان لصاحب السلعة ولم يرجعه للمشتري، قيل سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع أي إصلاحاً وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشترائه وهو باطل عند الفقهاء[6] لما فيه من الشرط ....

---

(١) في " التمهيد " (١٢ / ٩) ط الفاروق .

(٢) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٩) .

(٣) " النجم الوهاج في شرح المنهاج " (٤ / ١٠٠) .

(٤) " القاموس المحيط " (١٤٦) . (٥) (٢ / ١٧٧) .

(٦) وبيع العربون : هو أن يدفع المشتري جزءاً من الثمن مقدماً على أنه تم البيع حسب من الثمن ، وإن رجع والمشتري كره إتمام البيع لا يرجع إليه مادفعه .

الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ثم يعطي ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من الثمن وإلا فهو لك.

والغرر وأجازه أحمد[1] ورُوي عن ابن عمر إجازته، انتهى.

قلت: وفي كلاً منها ما تراه من أن غير الشافعي أيضاً مخالف، واختار بطلانه الإمام شرف الدين، إذا عرفت هذا فأعلم أن مسألة الكتاب وهي البيع بشرط تسليم الثمن ليوم كذا منع صحتها الشافعي واستدل في" البحر "[2] بأنه نقض آخراً ما أثبته أولاً، وتبع الشافعي الإمام شرف الدين وزاد في التعليل بأنه تعليق بمستقبل.

وأما مسألة العربان التي أتى بها الشارح فلا دخل لها في هذه الصورة التي وقع فيها الخوض، بل هي مسألة أخرى خلطها الشارح بهذه وهذا كله مبني على أن العربان بالمهملة وفي القوت للأذرعي، قال بعض أصحابنا: لا يصح بيع الغربان وهو أن يقول بعتك من هذه الجوالق أو الغنم ما يقع عليه غراب فهذا إن كان له أصل من بيوع الجاهلية ففساده ظاهر، انتهى.

قلت: وما ذكرناه إلا دفعاً لما يتوهم أنه المراد بالحديث فتصحف لفظه.

= وبيع العربون على هذه الصورة ممنوع عند المالكية لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده – وهو ضعيف – ولأنه بيع غرر وأكل مال بالباطل.

وهو أيضاً قول الشافعي، وأصحاب الرأي، وبعض الحنابلة. وقال الإمام أحمد: لا بأس به، وفعله عمر لما اشترى دار السجن من صفوان بن أمية، وضعف الحديث المروي في النهي عنه.

وقال الجمهور: يحتمل أن الشراء الذي اشتري لعمر بالعربون كان على العربون الجائز، الذي يرد فيه العربون إذا لم يتم البيع، حتى يتفق فعل عمر مع الحديث.

وقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي في قراره (رقم ٧٦ / ٣ / ٨) بجواز بيع العربون إذا قيد زمن الانتظار بمدة محدودة، فيحسب العبرون من الثمن إذا تم الشراء، وإذا ترك المشتري إتمام العقد يكون العربون من حق البائع.

" مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٤٣٤ – ٤٣٥) و " المغني " (٣٣١ – ٣٣٢) و " المجموع " للنووي (٩ / ٤٠٨).

(١) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٣٣١ – ٣٣٢).

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٥).

والحديث عند مالك [١] وأبي داود[٢] وأحمد[٣] والنسائي[٤] وابن ماجة[٥] من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: " نهى عن بيع العربان "وفيه راوٍ لم يسم، وسماه ابن ماجة عبد الله بن عامر الأسلمي، قال في الإرشاد هو ابن لهيعة وهما ضعيفان إلا أن له طريقين متماسكتين إحداهما عند الخطيب[٦] والدارقطني[٧]، والأخرى عند البيهقي [٨]وأما ما عند عبد الرزاق [٩]عن زيد بن أسلم مرسلاً سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

....

---

(١) في " الموطأ " رواية يحيى (٢ / ٦٠٩ رقم ١) ورواية أبي مصعب الزهري (٢ / ٣٠٥ رقم ٢٤٧٠) وفي كليهما : عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب ... " وكذا رواية إسحاق بن عيسى عند أحمد (٢ / ١٨٣) والبلاغ إنما من رواية عبد الله بن مسلمة أخرجه أبو داود رقم (٣٥٠٢) وهشام بن عمار أخرجه ابن ماجه رقم (٢١٩٢).

(٢) في " السنن " رقم ٣٥٠٢) .

(٣) في " المسند " (٢ / ١٨٣) .

(٤) لم يعزه صاحب " التحفة " (٦ / ٣٢٠) للنسائي .

(٥) في " السنن " رقم (٢١٩٣)

وهو حديث ضعيف .

(٦) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٩) .

(٧) قال الحافظ في " لسان الميزان " (٧ / ٢٠٢) ط : إحياء التراث .

" روى الدارقطني في " غرائب مالك " من طريق أحمد بن هارون البرذعي ، ثنا عيسى بن طلحة الرازي ، ثنا الهيثم بن اليمان ، ثنا مالك ، عن عمرو بن الحارث ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان "

قال الدارقطني : تفرد به الهيثم بن اليمان ، عن مالك ، عن عمرو بن الحارث وقد رواه حبيب عن مالك ، عنه ، عن عبد الله بن عامر الأسلمي ، وقيل : عن مالك ، عن ابن لهيعة .

وهو في "الموطأ " (٢ / ٦٠٩ رقم ١) عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب " اهـ .

(٨) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٤٢ ، ٣٤٣) .

(٩) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٩) .

عن بيع العربان فأحله، فمع إرساله ضعيف فيه ابن أبي يحيى [1].

(**أو**) شرط شرطاً (**لا تعلق له به**) أي بالعقد ولا حاجة إلى هذه الترجمة إذ ما من شرط ومشروط إلا وبينهما ارتباط، يوقف حصول أحدهما على حصول الآخر وإن أراد من نفي التعليق أن الشرط لا يكون مما مضى أعني مما يقتضي جهالة في البيع أو المبيع أو الثمن أو يرفع موجبه فكان حق العبارة أن يقول أو غير ذلك، وإن لم يصح كونه من غير ذلك (**كشرطين**) في بيع ومثلوه ببعت منك بكذا إن كان نقداً بكذا، إن كان نسيئة فإن هذا مما اقتضى جهالة في الثمن، ولهذا قال الإمام يحيى[2] لو خير مدة معلومة لصح على أن هذا من قوله (**أو بيعتين في بيع**) لأن المراد بالبيع المبيع فكأنه قال من بيعين في مبيع واحد، وأما تمثيلهم له ببعت منك بهذا الثمن على أن تبعني كذا، فمن بيع وشرط لا من بيعين، وإن كان [٣/٤٨٩] نفس الشرط حصول بيع فالفساد فيه من جهة التعليق بمستقبل كما في على أن تغل أو تحلب كما تقدم .

(**ونحوهما مما**) أي من شرط في بيع (**نهى عنه**) أما النهي عن بيعين في بيع فهو عند الشافعي[3] وأحمد[4] وأصحاب السنن[5] من حديث أبي هريرة بلفظ أن النبي

....

---

(١) قال النسائي : متروك الحديث ، وقال ابن معين : كذاب ، وقال يحيى : كنا نتهمه بالكذب .
وروى عنه الشافعي عنه وقال : كان ثقة في الحديث .
انظر : " المجروحين " (١ / ١٠٥) و " الجرح والتعديل " (٢ / ١٢٥) و " الميزان" (١ / ٥٧ ، ٦٤) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٩٥ – ٢٩٦) .

(٣) حكاه عنه البيهقي في .....

(٤) في " السنن " رقم (٣٤٦١) .

(٥) أبو داود رقم (٣٤٦١) والترمذي رقم (١٢٣١) والنسائي رقم (٤٦٣٢)
وهو حديث حسن .

صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعين في بيعة، وقال الترمذي حسن صحيح، ولفظ أبي داود[1]: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما ".

قلت: والذي أرى أن حديث[2] النهي عن بيعتين[أ] في بيع هو حديث[3][ب] النهي

(أ) **قوله:** عن بيعتين، أقول: ضبط بكسر الموحدة للهيئة وبفتحها للمرة، قال "الزركشي"[4]: الأحسن ضبطه بالكسر، وفي "النهاية"[5] نهى عن بيعتين في بيعة، هو أن يقول بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيئة بخمسة عشر، فلا يجوز لأنه لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره فيقع عليه العقد، ومن صورة أن يقول بعتك هذا بعشرين على أن تبيعني ثوبك بعشرة فلا يصح للشرط الذي فيه، ولأنه يسقط بسقوطه بعض الثمن فيصير الباقي مجهولاً، وقد نهى عن بيع وسلف وعن بيع وشرط وهما هذان الوجهان.

(ب) **قوله:** حديث النهي عن سلف وبيع، أقول: في "النهاية"[6] حديث لا يحل سلف وبيع هو مثل أن يقول: بعتك هذا العبد على أن تسلفني ألفاً في متاع أو على أن تقرضني ألفاً، لأنه إنما يقرضه ليحابيه في الثمن فيدخل في حد الجهالة، ولأن كل قرض جر منفعة فهو ربا، ولأن في العقد شرطاً فلا يصح، وبه تعرف أن صورة بيع وسلف غير صورة بيعتين في بيعة، وتعرف أن قول النهاية في ما سلف وهما هذان الوجهان مراده أن علة النهي في الجميع واحدة، وهي الجهالة في الثمن، والشرط في البيع.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٦١) .

(٢) وهو حديث حسن انظر التعليقة المتقدمة .

(٣) تقدم وهو حديث حسن .

(٤) انظر : " غريب الحديث " للهروي (٤ / ١١٠) .

(٥) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ١٧٥) .

(٦) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٧٩٦) .

عن سلف وبيع، لأن السلف السلم وهو بيع مخصوص، ثم قوله: فله أوكسهما هـو ظاهر في أن النهى هنا لا يقتضي الفساد، وأن ما تردد بين أمرين يحمل[أ] على أوكسهما كما يحمل الإقرار على الأقل وإن مثل ذلك مما يرفع الجهالة كما أشرنا إليه سابقاً في تعين المعتاد، وما صدق عليه اللفظ.

وأما النهي عن الشرطين في بيع فهو عند أبي داود والنسائي والترمذي، وقال حسن صحيح من حديث عمرو بن شعيب[1] عن أبيه عن جده بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك "وله طريق أخرى عند النسائي [2]في العتق، والحاكم [3]بلفظ: لا يجوز

واعلم بأن القرض الذي يجر منفعة ربا، قال عليه ابن حزم: وإذا جر السلف منفعة فكان ماذا أين وجدوا النهي عن سلف جر منفعة؟ ونعم صح النهي عن سلف جر منفعة عن ابن سيرين وقتادة، ثم قال: لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

(أ) **قوله:** يحمل على أوكسهما: أقول: في "النهاية"[4] قال الخطابي[5] لا أعلم أحداً قال بظاهر هذا الحديث، وصحح البيع بأوكس الثمنين إلا ما يحكى عن الأوزاعي، وذلك لما تضمنه من الغرر والجهالة، قال فإن كان الحديث صحيحاً فيشبه أن يكون ذلك حكومة في شيء بعينه كأن أسلفه ديناراً في قفيزين إلى أجل فلما حل طالبه فجعل قفيزين إلى أمد آخر، فهذا بيع ثان دخل على البيع الأول فيردان إلى أوكسهما أي أنقصهما وهو الأول.

---

(١) تقدم وهو حديث حسن .

(٢) في " السنن " رقم (٤٦٣٠) .

(٣) في " المستدرك " (٢ / ١٧) .

(٤) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٨٧٥) .

(٥) في " معالم السنن " (٣ / ٧٣٩ – مع السنن) .

شرطان في بيع واحد، ولا بيع وسلف جميعاً، ولا بيع ما لم يضمن، وهو في الطبراني [١]من حديث حكيم بن حزام، وعند البيهقي[٢] من حديث ابن عباس بسند ضعيف.

قلت[أ]: ولا أرى البيعين في البيع إلا ذلك، وأما نحوهما فمنه سلف وبيع، كبعت منك كذا أو اشتريت منك كذا على أن تسلفني كذا كما فسره مالك، وقد سمعت دليل النهي عنه ويشمل سلماً وبيعاً، لأن السلم سلف نحو بعت منك كذا بكذا على أن يكون سلماً إليك في كذا، ومنه بيع وشرط عند ابن حزم في "المحلى"[٣] والخطابي في المعالم[٤]، والطبراني في "الأوسط"[٥]، والحاكم في علوم الحديث[٦]، وأصحاب السنن [٧]إلا ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، ولا أراه إلا حديثه في سلف وبيع

(أ) **قوله:** قلت ولا أرى.. إلخ، أقول: في "النهاية"[٨] لا يجوز شرطان في بيع هو قولك بعتك هذا الثوب بدينار نقداً ونسيئة بدينارين، وهو كالبيعتين في البيعة لا فرق عند أكثر الفقهاء في عقد البيع بشرط أو شرطين، وفرق بينهما أحمد[٩] بظاهر الحديث، ومنه الحديث الآخر: " نهى عن بيع وشرط " وهو أن يكون الشرط ملازم العقد لا قبله ولا بعده.

---

(١) في الأوسط رقم (٤٦٨٣) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٦٧) من حديث حكيم بن حزام .

(٣) في " المحلى " (٨ / ٤١٦) .

(٤) (٣ / ٧٧٠ – مع السنن) .

(٥) رقم (٤٦٨٣) وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ٨٥) وقال : " رواه الطبراني في الأوسط ، وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال " .

(٦) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٧ – ٢٨) .

(٧) تقدم وهو حديث حسن .

(٨) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٨٥٥) .

(٩) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٣٣٣) .

وشرطين في بيع، ولا حاجة إلى قوله (***غالباً***) لأنه إنما احتراز به عن المناهي التي في غير الشروط، ولم تدخل في قوله ونحوهما، لأن مَن في ممَّا نُهي عنه لبيان النحو، فكأنه قال: ونحوهما من شروط البيع المنهي عنها فلا يدخل ما سيأتي في فصل المحرمات إلا سلم أو سلف وبيع إذا ربطا بالشرط أيضاً، وإلا كانا بين بيعين في بيع.

فصل

(***ويصح منها***[أ]) أي من الشروط (***ما لم يقتض الجهالة من وصف للبيع***) أي العقد نفسه (***كخيار***) شرط وهو (***معلوم***) المدة وصاحبه أيضاً كما تقدم، ويأتي أيضاً في الخيارات بيان الخلاف في مقدار مدته، وإن كان مجمعاً على جملته (***أو***) وصف (***للمبيع كعلى أنها لبون***) بناء على الفرق بين لبين ولبون، وقد تقدم (***أو***) على أن الأرض (***تغل كذا***) وأراد بذلك (***صفة***) للأرض ثابتة (***في الماضي ويعرف***) صدق الوصف (***بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما يحتاج إليه***) في تحصيل تلك الصفة من حسن إطعام اللبون، وتمام حراثة وسقي الأرض بحيث لا ينقص عما كان يفعله البائع، وقيل بل إذا بين البائع على حصول الوصف في الماضي سقط خيار المشتري، وإن فات الشرط بالمستقبل وقواه شيخنا (***أو***) كان الشرط وصفاً (***للثمن***) لا يقتضي جهالة كما تقدم (***كتأجيله***) مدة معلومة (***أو***) شرط

(أ) **فصل:** ويصح منها، أقول: قد جعل الضروب ثلاثة بالنسبة إلى الشرط والعقد الأول يفسد العقد، والثاني يصح معه العقد، والثالث أيضاً يصح ويلغو الشرط، وهذا الفصل يشتمل على الأخيرين، قال في "المنار"[1]: إنه ما لم يقتضي جهالة يدل على صحة هذا القِسم أدلة ثبوت الخيار إذ هو شرط في المعنى [٣/٤٩٠].

---

(١) (٢ / ٣٦) .

شرطاً (**يصح إفراده بالعقد كإيصال**) المبيع (**المنزل ومنه**) اشتراط المشتري على البائع (**بقاء الشجرة مدة معلومة**) وقال الشافعي [1] يفسد لأنه بيع وإجارة، فهو كبيعين في بيع، قلنا: بل جزء من المبيع معلوم، وإنما الفساد بما يقتضي الجهالة (**وما سوى ذلك**) المفسد واللازم من الشروط (**فلغو**) كعلى أن يطأ المشتري المبيعة أو يعتقها أو نحو ذلك مما لا يفسد ولا يلزم (**وندب الوفاء**) بما لا يفسد ولا يلزم إن لم يمنع من الوفاء مانع شرع أو عقل [٣/٤٩٠] لحديث[2]: المسلمين عند شروطهم تقدم في النكاح تحقيقه وغيره .

(**و**) إذا حط البائع عن المشتري قسطاً من القيمة لأجل تحصيل هذا الشرط فإنه (**يرجع بما حط**) من القيمة (**لأجله من لم يوف له به**) كما لو كانت قيمة العبد ألفاً، فقال البائع: انقص من الألف مائة على أن تعتقه، ثم عقدا على تسعمائة بشرط العتق إلا أن الحق إنما يكون مما لزم ولا لزوم إلا لما وقع عليه العقد، فلهذا قال المؤيد [3] مراد الهادي أنه بعد العقد أبرأه من مائة بشرط أن يعتق العبد ليصح الرجوع بما كان لزم، قال المصنف إلا أنه إسقاط معلق على شرط ولا تعلق له بالعقد الذي كلامنا في تقييده بالشرط، ولو قلنا إن العقد وقع على أنك إن أعتقته فبتسعمائة، وإن لم تعتقه فبألف كان ذلك من شرطين في بيع، وكان مما نهي عنه لا مما يلغو.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٥٤ – ٢٥٥) .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح لغيره .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٤ – ٣١٥) .

باب
"الربويات"[أ] الربا [1] تحريمه ضروري من الدين

(أ) **باب:** الربويات، أقول: جمع ربوي صفة لموصوف محذوف أي مال ربوي، أي متصف بالنسبة إلى الربا لجريه فيه.

---

(١) الرِّبَوْا : - قراءة الجماعة (الربا) بألف في آخره .

- وقرأ العدوي (الربو) بالواو ، وقيل : هي لغة الحيرة ، ولذلك كتبها أهل الحجاز بالواو ، لأنهم تعلموا الخط من أهل الحيرة ، وهي عند أبي حيان على لغة من وقف على " أفعى " بالواو . فقال : هذه أفعو ، فأجرى الوصل إجراء الوقف .

- وحكى أبو زيد أن بعضهم قرأ " الربو " بكسر الراء وضم الباء وواو ساكنة .

وهي قراءة بعيدة ؛ لأنه لا يوجد في لسان العرب اسم آخره واو قبلها ضمة ... ، وأن القارئ إما أنه لم يضبط حركة الباء ، أو سمى قربها من الضمة ضماً .

ونسب القرطبي هذه القراءة إلى أبي السمال ، وكذلك ابن عطية ، وعنه نقل أبو حيان ...

- وذكر العكبري أنه قرأ " الربو " بفتح الباء ، والواو :

- والباقون بالفتح ، ومعهم الأزرق وورش .

- وقرأ الحسن " الرباء " بالمد والهمز كيف جاء .

" معجم القراءات - تأليف : د : عبد اللطيف الخطيب (١ / ٤٠١ _ ٤٠٢) .

وقال الحافظ في " الفتح " الربا مقصود ، وحكي مده وهو شاذ ، وهو من ربا يربو فيكتب بالألف ولكن وقع في خط المصاحف بالواو .

وقال الزمخشري في " الكشاف " (١ / ٥٠٥) كتبت بالواو وعلى لغة من يفخم كما كتبت الصلاة والزكاة وزيدت الألف بعدها تشبيهاً بواو الجماعة .

وإنما الخلاف في محله الذي يثبت فيه، فلهذا أضاف المصنف الباب إلى الربويات لأن حاجة المشرع إلى بيان المحل لا إلى بيان الحال للعلم به من ضرورة الدين.

فصل

لا يخفاك أن معنى الربا [(١)] هو الزيادة، وقد يكون زيادة الشيء في نفسه على ما كان عليه من ذاته ووصفه، كما في ربا[(أ)] الجاهلية إذا حل أجل الدين فلم يقدر المدين على

فصل: إذا اختلف المالان:

(أ) قوله: كما في ربا الجاهلية، أقول: في "نهاية المجتهد "[(٢)] اتفق العلماء على أن الربا يجري في شيئين في المبيع، وفيما تقرر في الذمة من سلف وبيع وغير ذلك، فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان. صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية، فإنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون أنظرني أزدك، وهذا هو الذي عناه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع [(٣)] بقوله: " ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول رباً أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ".

والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه.

وأما الربا في المبيع فإن العلماء أجمعوا أنه صنفان نسيئة، وتفاضل، إلا ما يروى عن ابن عباس [(٤)] من إنكار غير نسيئة لما رواه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أنه قال: " لا ربا إلا في النسيئة " انتهى كلامه.

---

(١) انظر : " فتح الباري " (٤ / ٣١٣).

(٢) (٣ / ٢٤٥ - ٢٤٦) بتحقيقي.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٤٧ / ١٢١٨) من حديث جابر الطويل. وقد تقدم.

(٤) قلت : ليس هو من حديث ابن عباس إنما هو من روايته عن أسامة بن زيد أخرجه أحمد (٥ / ٢٠٠) والبخاري رقم (٢١٧٨) ومسلم رقم (١٠١ / ١٠٢ ، ١٠٣ / ١٥٩٦) والنسائي (٧ / ٢٨١) وابن ماجه رقم (٢٢٥٧) وغيرهم ، من حديث عمرو بن دينار ، عن أبي صالح الزيات قال سمعت أبا سعيد الخدري يقول : " الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل من زاد أو زاد فقد أربى " ، فقلت له : إن ابن عباس يقول غير هذا ، =

قلت: وفي تسمية ضع وتعجل ربا تسامح إذا الربا زيادة في ذات أو صفة، وهذا إنما فيه نقص في المال والمدة، فدخوله في أبواب الربا غير واضح، وقد حققنا المسألة في شرحنا على تيسير الديبع المسمى بالتحبير على التيسير، نسأل الله الإعانة [1]على كماله وتمام تأليفه، ورأيت نقل حاصل هنا، قال ابن عبد البر[2]: قد اختلف العلماء في قوله ضع عني وأعجل لك، قال ابن عباس[3]: إنما الربا أخر لي وأزيدك، ليس عجل لي وأضع عنك، أخرجه عبد الرزاق [4].

واتفق مالك [5]وأبو حنيفة[6] وأصحابهما على أن ضع وتعجل ربا، واختلف في ذلك قول الشافعي[7]، واحتج من لم ير بذلك بأساً بما رواه مسلم[8] بن خالد الزنجي بسنده إلى ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ضعوا وتعجلوا، فهذا نص في المسألة لا يعدل عنه، فالحق مع ابن عباس فيها.

= فقال : لقد لقيت ابن عباس فقلت : أرأيت هذا الذي تقول : أشيء سمعته من رسول الله ﷺ، أو وجدته في كتاب الله عزوجل ، فقال : لم أسمعه من رسول الله ﷺ ولم أجده في كتاب الله ولكن حدثني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال : الربا في النسيئة " لفظ مسلم .

وفي رواية له " إنما الربا في النسيئة " وفي أخرى له " لاربا فيما كان يداً بيد " ولفظ البخاري " لا ربا إلا في النسيئة " .

(١) وقد توفي ابن الأمير ولم يكمله .

(٢) في الاستذكار " (٢٠ / ٢٦٠) . (٣) أخرجه ابن عبد البر في " الاستذكار "(٢٠ / ٢٦٠ رقم ٣٠١٠٨) .

(٤) في " مصنفه (٨ / ٧٢ رقم ١٤٣٥٩) .

(٥) ذكره ابن عبد البر في " الاستذكار " (٢٠ / ٢٦٢ رقم ٣٠١١٥) .

(٦) " بدائع الصنائع " (٥ / ١٩٦ – ١٩٧) .

(٧) قال ابن عبد البر في " الاستذكار " (٢٠ / ٢٦٢ رقم ٣٠١١٧ – ٣١١٩) : واختلف في ذلك قول الشافعي.

فقال مرة : لابأس فيه ، ورآه من المعروف .

ومرة قال : ضع وتعجل لايجوز .

(٨) في صحيحه رقم (/) .

تسليمه زادوا عليه إلى أجل آخر، وقد يكون زيادة على غيره وهو الذي(أ) فيه الخــلاف وهو المراد هنا فإن الربا هنا هو زيادة أحد العوضين على صحابهن ولما كانت الزيــادة لا تعقل بين أمرين إلا بعد تعقل تساويهما قبلها واشتراكهما فيما وقعت منه الزيادة كما قلنا في أفعل التفضيل أجمع القائلون بالقياس على أنّ التساوي في الجنس المعبر عنه عند المناطقة بنوع الأنواع مؤثر(ب) في الحكم بالربوية؛ لأن المناهي وردت في متساويين فيه، وصرح به

هذا وأما مسألة من شرى شيئاً وندم فأراد رده ويضع لصاحبه من القيمة أو من استقال وبذل للبائع جزءاً من القيمة، فقال ابن عبد البر[1]: إن ابن وهب ذكر عن ابن لهيعة والليث عن بكير بن الأشج عن ابن المسيب وسلمان بن يسار أنهما سئلا عن رجل اشترى سلعة ثم بدا له أن يتركهــا ويعطــي صاحبها ديناراً قالا لا بأس بذلك وروي أن شريحاً كان يقول ذلك، وقال مالك في الرجــل يبيــع الدابة من رجل وينقده ثمنها.

(أ) **قولـه:** وهو الذي فيه الخلاف، أقول: وأما الأول فسبق أنه لا خلاف فيه وهو ربا الجاهلية، وهــو من زيادة الشيء في ذاته، مثاله في صفته أن يقول: انظرني وأسلم لك الزايف الذي أعطيتني خالصــاً ونحوه.

(ب) **قولـه:** مؤثر في الحكم بالربوية، أقول: الربوية قسمان تفاضل ونَّساء وما ذكره الشارح من العلل المذكورة للأئمة المذكورين فهي علل منع التفاضل، وأما علة منع النَّساء فعند الحنفية[2] الاخــتلاف في الصنف ما عدا الفضة [3]والذهب، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيه النَّساء، وعند الشافعية[4] الطعم من غير اعتبار الاتفاق في الصنف، ومثله عند المالكية كما صرح بالجميع في "نهاية المجتهد"[5]، ففي عبارة الشارح إيهام وقصور.

---

(١)في " الاستذكار " (٢٠ / ٢٦٣ رقم ٣٠١٢٥) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤٥٤ – ٤٥٦) .

(٣) في نسخة النحاس .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ١٦٤) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٢٥٠ – ٢٥٢) بتحقيقي .

ما في حديث أبي هريرة [1]الآتي بلفظ: " إلا ما اختلفت ألوانه " إذ المراد بالألوان الأجناس على اصطلاح الفقهاء، وهي الأنواع على اصطلاح غيرهم كما في حديث[2]، "فإذا اختلفت هذه الأصناف "[فلا يتوهم أن تمر الجمع والجنيب مختلف اللون في حديث [3]أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع صاعين من تمر الجمع وصاع جنيب كما ثبت ذلك من حديث أبي هريرة عند الشيخين والموطأ والنسائي وعند الجماعة أيضاً من حديث أبي سعيد صح أصل][4]، ولما صح بيع بعير[5] ببعيرين حاضراً إجماعاً ظهر أن اتفاق النوع ليس كمال المقتضى للربا، وإنما هو جزؤه.

فاختلفت الأمة في تعيين جزئه .

---

(١) أخرجه مسلم رقم (٨٣ / ١٥٨٨) .

وهو حديث صحيح .

(٢) أخرجه أحمد (٥ / ٣١٤ ، ٣٢٠) ومسلم رقم (٨١ / ١٥٨٧) والنسائي رقم (٤٥٦٢) وابن ماجه رقم (٢٢٥٤) وأبو داود رقم (٣٣٤٩) من حديث عبادة بن الصامت .

وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢٢٠١ ، ٢٢٠٢) ومسلم رقم (٩٤ / ٥٩٣) والنسائي رقم (٤٥٥٣) والدارقطني (٣ / ١٧ رقم ٥٤ ، ٥٧) والبيهقي (٥ / ٢٨٥ ، ٢٩١) كلهم من حديث أبي سعيد وأبي هريرة وهو حديث صحيح .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) سيأتي تخريجه وهو حديث ضعيف .

الثاني على أقوال ثلاثة، أئمتنا أبو حنيفة على أنه اتفاق العوضين فيما به تقديرهما إذ الربا هو الزيادة والزيادة إنما تعقل في الكم والكيف، فاعتبر أئمتنا مجرد الكم، وقال غيرهم مع الكيف، وقال مالك[1](أ) مع الكيف وهو الاقتيات أيضاً، وقال الشافعي[2] مع اتفاقهما في كونهما مطعومين، قلنا: يبقى(ب) النقدان بلا علة.

(أ) **قوله:** وقال مالك، أقول: في " نهاية المجتهد " [3]لابن رشد المالكي أن الذي استقر عليه خلاف المالكية أن سبب منع التفاضل إما في الأربعة فالصنف الواحد من المدخر والمقتات، وقد قيل في الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتاً، ومن شرط الادخار عندهم أن يكون هو الأكثر، وقال بعض أصحابهم الربا في المقتات وإن كان نادر الادخار.

وبهذا تعرف أنه لا يكفي الاقتيات عندهم كما ذكره الشارح تبعاً "للبحر"[4]، وهم مصرحون بذلك في مختصراتهم، بل سيأتي أنها التي صرح بها مالك في "الموطأ"[5].

(ب) **قوله:** يبقى النقدان بلا علة، أقول: لأنه لا طعم فيها ولا اقتيات، وفي النهاية أن العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة هو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات، وهذه هي العلة التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها لا توجد في غير الذهب والفضة ووافق الشافعي مالك في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة، أعني كونهما رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات.

قلت: وبه تعرف عدم صحة قول الشارح أنه يبقى النقدان بلا علة، وأنه كان عهدته البحث عما عللوا به حيث تصدا للبحث عن أقوال الأئمة.

---

(١) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣٦٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ١٦٤) .

(٣) (٣ / ٢٥٠) .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٣١) .

(٥) " الموطأ " (٢ / ٦٤٦ – ٦٤٧) .

واعلم أنه قد تعرض للأقوال ولم يف بالاستدلال لغير الأول، والحنفية فلنذكر من أدلة الفرق هذه ما ذكر ابن رشد في " النهاية "[1]، قال أما الشافعية فإنهم قالوا: في تثبيت علتهم الشبهية أن الحكم إذا علق بمشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم، مثل قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [2]فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم يتعلق بنفس السرقة، قالوا: وإذا كان هذا هكذا وقد جاء من حديث معبد بن عبد الله كنت " اسمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل " [3]فمن البين أن الطعام هو الذي علق به الحكم.

وأما المالكية فإنها زادت على الطعم، أما صفة واحدة وهي الادخار كما في الموطأ، وأما صفتين وهما الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في إثبات هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على واحد من تلك الأصناف الأربعة المذكورة، فلما ذكر منها عدداً علم أنه قصد بكل واحد التنبيه على ما في معناه، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار.

وأما البر والشعير فنبه به على أصناف الحبوب المدخرة، ونبه بالتمر على جميع الحلاوات كالسكر والعسل والزبيب، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام، وأيضاً قالوا: لما كان معقول المعنى أن الربا إنما هو لئلا يغبن الناس بعضهم ببعضاً وأن يحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الأقوات، انتهى.

واعلم أنه قد روى التعليل بعلل أخر كما في البحر وغيره، وأنه لا يخفى أنها لو كانت العلة ما ذكره المالكية لاستغنى بذكر الشعير أو البر في الحديث عن الآخر، إذا الادخار والاقتيات في كل واحد على سواء.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٢٥٠ – ٢٥٢).

(٢) [سورة المائدة : ٣٨].

(٣) أخرجه أحمد (٦ / ٤٠٠) ومسلم رقم (٩٣ / ١٥٩٢) وهو حديث صحيح.

وقالت[(أ)] الظاهرية[(١)]: لا نص من الشارع على علة النهي، وإثبات كون الوصف علة حكم شرعي وضعي لا يثبت إلا بدليل شرعي، لا لمجرد توهم كونه هو العلة كما هو شأن تخريج المناط، فيوقف الحكم على محله المنصوص عليه وهو الستة الأنواع، الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، لنص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليها عند مسلم من حديث أبي سعيد[(٢)]، وعنده والثلاثة من حديث عبادة بن الصامت [(٣)]بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف [٣/٤٩١] شئتم إذا كان يداً بيد " ومثله عنده أيضاً والموطأ والنسائي من حديث أبي هريرة [(٤)]وفيه: "من زاد أو استزاد فقد أربا إلا ما

(أ) **قوله [٣/٤٩١]:** وقالت الظاهرية، أقول: في "النهاية "[(٥)]عند الاستدلال للفرق المختلفين أما الذي قصروا الربا على هذه الأصناف الستة، فأحد فريقين، إما نفاة القياس وهم الظاهرية، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت عنه بالمنطوق فبقياس الشبه لا بقياس العلة.

---

(١) " المحلى " (٨ / ٤٦٧) .

(٢) أخرجه أحمد (٣ / ٤ ، ٥١ ، ٦١) والبخاري رقم (٢١٧٧) ومسلم رقم (٧٥ / ١٥٨٤) عن أبي سعيد قال رسول الله ﷺ.

" لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز .

وأخرج أحمد (٣ / ٤٩ ، ٦٦) والبخاري رقم (٢١٧٦) بلفظ " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد رأد استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (٨٣ / ١٥٨٨) وهو حديث صحيح .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٢٤٨) .

اختلفت ألوانه " ولذلك شواهد عند الشيخين من حديث عمر[(١)] وعند أحمدهما وغيرهما مفرقة، قلنا : نبه النبي صلى الله عليه وآله وسلم على العلة بقوله في حديث أبي سعيد[(٢)] لا صاعين بصاع، وفي حديث أبي هريرة [(٣)]الفضة بالفضة وزناً بوزن فأومى[(أ)] إلى أن العلة هي الاتفاق في التقدير بالكيل والوزن، وفي الصحيحين من حديثه بلفظ: " أن النبي[(ب)] صلى الله عليه وآله وسلم قال في الميزان مثل ذلك "٠

(أ) **قوله:** فأومى إلى أن العلة هي الاتفاق في الكيل والوزن.

(ب) **قوله:** أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في الميزان مثل ذلك، أقول: وقد احتجت الحنفية بأحاديث ليست بمشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار المكيل والموزون منها أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة لعد المسميات المنصوصة، وكذلك ما يكال ويوزن، وفي بعضها، وكذلك المكيال والميزان، وهذا نص لو صحت به الرواية ذكره في "النهاية "[(٤)]ثم ذكر أنه إذا تأمل المعنى فعلة الحنفية أوفى العلل، ثم أخذ في بيان ذلك بما فيه طول.

قلت: وفي شرح غاية السؤل في علم الأصول أن علية الجنس والتقدير ثابتة بإشارة النص في قوله مثلاً بمثل لكونه حالاً، والحال قيد في صاحبها والحكم ينصرف إلى القيد هذا كلامه٠

وأقول: تسمية ذلك إشارة نص خلاف ما قرره هو في معنى إشارة النص بأنها ما يكون مدلولها غير مقصود للمتكلم ومثله بآية ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا ﴾ [(٥)]مع ضمها إلى قوله تعالى: ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾[(٦)] فإنها أفادت أقل الحمل[(٧)] ستة أشهر، وهو غير مقصود للمتكلم في الآيتين، ولا يخفى

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٣٤) ومسلم رقم (٧٩ / ١٥٨٦) وأحمد (١ / ٢٤) ٠

(٢) تقدم وهو حديث صحيح ٠

(٣) أخرجه أحمد (٢ / ٢٦١ – ٢٦٢) ومسلم رقم (٨٤ / ١٥٨٨) والنسائي رقم (٤٥٦٩) ٠

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٢٥٢ – ٢٥٣) ٠

(٥) [سورة الأحقاف : ١٥] ٠

(٦) [سورة القمان : ١٤] ٠

(٧) انظر :" إرشاد الفحول "(ص ٥٨٩) بتحقيقي" تيسير التحرير "(١ / ٩١) "البحر المحيط " (٤ / ١٠ – ١٢)٠

قالوا: وفي حديث أبي سعيد[١] ولا درهمين بـدرهم " وفي حـديث أبي هريـرة " والدرهم بالدرهم، وفي حديث عثمان عند مسلم[٢] والموطـأ[٣]: " لا تبيعـوا الـدينار بالدينارين " فأومى إلى اعتبار العدد[أ] فلم لا تعتبرونه مع الكيل والوزن وهو أحد المقادير، بل جوزتم[ب] بيع رمانة برمانتين ولم لا يكون قوله الفضة بالفضة والذهب بالذهب إيماء إلى أن العلة هي الفضية والذهبية؟ فتكون العلة قاصرة وترجيح المتعدية على القاصرة محـل النزاع؛ لأن القاصرة موافقة للبراءة عن الحكم، ونقل البراءة لا يثبت إلا بدليل صحيح لا بمجرد استحسان وترجيح وإلا لزم اعتبار علية التساوي في العدد لإيماء الشارع إليه مـع

أن قوله مثلاً بمثل ليس مثل ذلك قطعاً، كيف وقد قال أنه المقصود بالحكم؟ وكأنه سبق قلـم وأنـه أراد أنه من إيماء النص، كما أن قوله قيد في صاحبها سبق قلم، والمراد في عاملها، وقد بينـا عـدم صحة ما ذهبوا إليه من إلحاق غير الأشياء الستة بها وأوضحنا أنه لا دليل ينهض على إلحاق غيرهـا بها أتم إيضاح في رسالتنا المسمى بالقول المجتبى[٤] في تحقيق ما يحرم من الربا، وإيضاح القول هنالـك بما لا مزيد عليه ولم ينبسط القول هنا مع الشارح لأنا قد قررنا هنالك ما اختاره وإليه جنح صاحب "المنار"[٥] والحمد لله.

(أ) **قولـه:** بعده فأومى إلى اعتبار العدد، أقول: هذا على طريق الإلزام والتنزيل، وإلا فإنه لا إيمـاء إلى شيء، وإنما هو بيان للتقادير التي ينتفي بانتفائها التساوي المعتبر شرعاً وتثبت بثبوته ولا تعرض فيـه للعلة.

(ب) **قولـه:** بل جوزتم بيع رمانة برمانتين، أقول: وحينئذ يعلم أن ذكر المقادير من عدد ونحوه ليس إلا لبيان أنه لا بد من التساوي في مقادير الربويات لا إشارة إلى بيان الحكمة ولا مظنتها.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) في صحيحه رقم (٧٨ / ١٥٨٥) .

(٣) (٢ / ٦٣٣ رقم ٣٢) .

(٤) وهي الرسالة رقم (١٢٧) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير بتحقيقي ط . ابن كثير دمشق .

(٥) (٢ / ٥٩ - ٦٠) .

أن التقدير بالوزن قد انتفى من التقدير، وإنما تقديره بالعدد، وكونه قد يوزن في حال مشترك بينه وبين نحو الرمان من المعدود لعدم تيقن العلة، ولأن هذه العلل المستنبطة منقوضة بما سيأتي، والنقض مفسدة للمستنبطة ولأن الربا ثبت عند انتفاء أحد التقديرين كما في بيع[أ] بعير ببعيرين [1]نسيئة فكشف عن كون التقديرين بالعدد كالكيل والوزن طرداً لثبوت الحكم وهو النهي بدونه.

إذا عرفت ما علل به أصحابنا عرفت وجه قول المصنف (***إذا اختلف المالان ففي الجنس والتقدير بالكيل والوزن***) نحو لحم بشعير (***يجوز التفاضل***

(أ) **قوله:** كما في بيع بعير ببعيرين، أقول: أخرج أبو داود[2] والدارقطني[3] والبيهقي[4] من حديث عبد الله بن عمر: " أمرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن اشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل " قال يحيى بن معين وابن أبي حاتم وابن عبد الحق هذا حديث مشهور وتعقبهم ابن القطان بأنه مضطرب السند وفي سنده مجهولان، ويأتي للشارح هذا، فقوله: ولأن الربا ثبت فيه تأمل إذ لا ثبوت لحديثه.

---

(١) أخرجه أحمد (٢ / ١٧١ ، ٢١٦) وأبو داود رقم (٣٣٥٧) والدارقطني (٣ / ٧٠ رقم ٢٦٣) والحاكم (٢ / ٥٦ – ٥٧) والبيهقي (٥ / ٢٨٧) وعبد الرزاق في مصنفه رقم (١٤١٤٣) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، وأقره الذهبي ، وليس كما قالا . وطعن في الحديث ابن القطان كما " نصب الراية " (٤ / ٤٧) للاضطراب الواقع فيه من ابن إسحاق ، وبجهالة بعض رواته .

قلت : لكن أخرجه البيهقي (٥ / ٢٨٧ – ٢٨٨) والدارقطني (٣ / ٦٩ رقم ٢٦١) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وصححه من هذا الوجه البيهقي فالحديث ضعيف.

(٢) في " السنن " رقم (٣٣٥٧) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٧٠ رقم ٢٦٣) .

(٤) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٧) .

وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

والنساء)[أ] وقيد التقدير بالكيل والوزن لعدم اعتباره بالعدد والمساحة إلا أنا عرفناك أن التفاضل فرع التساوي ولا تساوي في مختلفي الجنس والتقدير فكان صواب العبارة فلا ربا لأن الربا هو الزيادة في أحد المتقابلين وهي فرع التساوي في ذات أو صفة، وقال ابن عباس[ب] رضي الله عنه وزيد بن أسلم وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وأسامة بن زيد وابن الزبير يجوز التفاضل مع الحضور وإن لم يختلفا جنساً ولا تقديراً، وإليه ذهب علماء الحجاز لنا ما[ج] تقدم قالوا معارض بحديث [1]أسامة عند الشيخين والترمذي والنسائي أن

(أ) **قوله:** والنساء، أقول بفتح النون والمهملة والمد [والتنوين] [2]أي مؤجلاً مؤخراً، يقال أنساه نسياً ونسيئة.

[ب] **قوله:** وقال ابن عباس وزيد بن أرقم وزيد بن أسلم.. إلخ، أقول: الذي في "فتح الباري"[3] أنه خالف فيه ابن عمر ورجع وابن عباس واختلف في رجوعه انتهى. ولو كان لغيرهما من أهل ذلك الصدر خلاف لذكره فهو أعرف بأقوال السلف.

[ج] **قوله:** لنا ما تقدم، أقول أخرج البخاري[4] عن أبي سعيد الخدري قال: جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بتمر برني، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أين هذا؟ قال بلال: كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين منه بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم عند ذلك أُوَّه عين الربا لا تفعل، قال ابن دقيق العيد[5] هذا نص في تحريم ربا الفضل في التمر.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .   (٢) زيادة من نسخة اخرى .

(٣) (٤ / ٣٨٢) حيث قال واختلف في رجوعه ، أي ابن عباس عن مذهبه في الربا ، واستدل بهذا وهذا لا يثبت ، لكن ثبت عنه رضي الله عنه كراهيته لذلك بعد أن كان قد أجازه ، أخرجه مسلم رقم (١٠٠ / ١٥٩٤) والحمد لله والذي يبدو أنه رجع عن مذهبه هذا بعد مراجعة أبي سعيد الخدري له فإنه قال : إنا سنكتب إليه فلا يفتيكموه .

أخرجه مسلم رقم (٩٩ / ١٥٩٤) وثبت أيضاً المراجعة الشفوية له ، رواها مسلم رقم (١٠١ ، ١٠٤ / ١٥٩٦) .

(٤) في صحيحه رقم (٢٣١٢) .   (٥) في " إحكام الأحكام " (ص ٧٢٩ – ٧٣٠) .

قلت: وصدر الحديث: " لا صاعين تمراً بصاع ولا صاعين حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم " الشيخان[١] ومالك[٢] وأبو داود [٣]والنسائي[٤]، فذكره صلى الله عليه وآله وسلم للحنطة والدرهم مع أنه لم يكن سبب الحديث إلا ما اتفق من الفضل في التمر إعلام منه صلى الله عليه وآله وسلم أن تحريم ربا الفضل ثابت في كل الستة، وأخرج مالك[٥] ومسلم[٦] والنسائي[٧] من حديث أبي هريرة: " الدينار بدينار ولا فضل بينهما، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، وهي عامة في نسيئة وغيرهما " ثم قال يعني ابن دقيق العيد[٨] وجمهور الأمة على ذلك، وكان ابن عباس يخالف في ربا الفضل، وكلم في ذلك فقيل إنه رجع عنه وفي العدة على العمدة أن ابن عمر كان يذهب إلى ما ذهب إليه ابن عباس، وأنه لما بلغهما خبر أبي سعيد رجعا عن ذلك، ذكر رجوعهما عن ذلك مسلم[٩] في صحيحه.

قلت: ولا يخفاك أن دلالة حديث لا ربا إلا في النسيئة على أنه لا ربا في الفضل دلالة مفهوم، وحديث أبي سعيد دل على ثبوت الربا فيه بالمنطوق، وإذا تعارض المنطوق والمفهوم فالمنطوق مقدم، ثم إن الحصر كثر مجيئه لغير حقيقته، ثم رأيت بعد مدة في "فتح الباري"[١٠] هذا التأويل، فقال: وقيل المعنى لا ربا الربا الأغلظ الشديد التحريم المتوعد بالعقاب الشديد كما تقول العرب: لا عالم في

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٣١٣) ومسلم رقم (١٥٩٤) .

(٢) في " الموطأ " (٢ / ٦٢٩ - ٦٣٠) .

(٣) في " السنن " رقم (/) .

(٤) في " السنن (٧ / ٢٧٢) .

(٥) في " الموطأ " (٢ / ٦٣٢ رقم ٢٩) .

(٦) في صحيحه رقم (٨٥ / ١٥٨٨) .

(٧) في " السنن " رقم (٤٥٦٧ ، ٤٥٦٨) .

(٨) في " إحكام الأحكام " (ص ٧٣١ - ٧٣٢) .

(٩) في صحيحه رقم (٩٩ / ١٥٩٤) و (١٠١ ، ١٠٤ / ١٥٩٦) .

(١٠) (٤ / ٣٨٢) .

النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " إنما الربا في النسيئة " وفي رواية: " لا ربا فيما كان يداً بيد "[1] وعندهما[2] والنسائي[3] من حديث أبي المنهال سألت زيد بن أرقم والبراء بن عازب عن الصرف فكلاهما قال: قدم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ونحن نبيع هذا البيع فقال: " ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئة فهو ربا " قلنا: يحملان بالتأويل على مختلفي الجنس ليكون المعنى لا ربا في مختلفي الجنس إلا في النسيئة بدليل ما في حديث عبادة،[4] " فإذا اختلف [٤٩٢/٣] الجنسان فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد " وفي حديث أبي المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب قالا له: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً " وهو عند البخاري من حديث ابن عمر أيضاً، وذلك قرينة[أ] ظاهرة في تصحيح هذا التأويل، ....

البلد إلا زيد مع أن فيها علماء غيره، وإنما القصد نفي الأكمل لا نفي الأصل، وأيضاً فنفي ربا الفضل في حديث أسامة إنما هو بالمفهوم، فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالته بالمنطوق، قال في "المنار"[5]: ليس مراد الحديث إلا الحصر على النسيئة مبالغة لأنه الذي تدعو إليه لضرورة في الأغلب ويعم الأموال الستة المنصوصة وغيرها كرفع السن إلى ما فوقها والزيادة على ما في الذمة أياً ما كان. قلت: وهذا أولى من التأويل الذي ذكره الشارح ورده فإنه اختار ما نسب إلى ابن عباس كما تراه [٤٩٢/٣] أولى من التأويل.

(أ) **قوله:** قرينة ظاهرة، أقول: وذلك أنه ورد النهى هنا في مختلف الجنس نسيئة فوافق هذا الحمل عليه، وهذا الحمل الذي ذكره الشارح في تأويل حديث أسامة سبقه إليه الطبري، قال في "فتح الباري "[6] وقال الطبري معنى حديث أسامة لا ربا إلا في النسيئة إذا اختلفت الأنواع، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٠٣ / ١٥٩٦) ٠

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٠) و (٢١٨١) ومسلم (٨٧ / ١٥٨٩) ٠

(٣) في " السنن " رقم (٤٥٧٧) ٠

(٤) تقدم وهو حديث صحيح ٠

(٥) (٢ / ٣٠)

(٦) (٤ / ٣٨٢) ٠

قالوا: غاية[أ] الأمر أنه سبب الحديث، ولا يقصر العموم على سببه عندكم.

قلنا: إذا قصر عليه لا لمعارض، أما للمعارض الصحيح فهو جمع بين الدليلين، قالوا: هو من التخصيص بالمنفصل، ولا يصح عندكم إلا مقارناً وإلا لم يذهب التعارض، وأيضاً الذهب والفضة مما يصح السلم فيهما، والسلم[ب] بيع مخصوص فقد جاز فيه النساء ومثله

(أ) **قولـه:** غاية الأمر أنه سبب الحديث، أقول: أي أن اختلاف الجنس سبب لحديث: إنما الربا في النسيئة، فإن السبب في النهي عن بيع الذهب بالورق نسيئة اختلاف الجنس، ولكن لفظ حديث: " لا ربا إلا في النسيئة " يعم مختلف الجنس ومتفقه فلا يقصر على المختلف الذي هو السبب، فيكون معناه لا ربا إلا في النسيئة في مختلف الجنس ومتفقه لا في الفضل، ولا يخفاك أن هذا التأويل لم يذكره مثبتو ربا الفضل ولا حاموا حوله، وإنما هو من ابتكاراته، ومع ما فيه من التكلف آل إلى أنه دل بالمفهوم على أنه لا ربا في الفضل، ومنطوق غيره قد أثبت ذلك كما سلف من قوله في الأحاديث مثلاً بمثل[1]، وفي لفظ "سواء بسواء"[2].

(ب) قولـه: والسلم بيع مخصوص، أقول: لا نقض به لأنه خصصه الشارع كما يأتي نص ابن عباس على ذلك، ثم وجدت في "النجم الوهاج"[3] شرح المنهاج ما لفظه، أما قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ربا إلا في النسيئة، فقال الشافعي هو جواب سائل سأل عن التفاضل في جنسين، فنقل الراوي الجواب دون السؤال، انتهى. أي فلا يعارض به حديث تحريم ربا الفضل لأنه إخبار بأن الجنسين إذا اختلفا فالربا فيهما في النسيئة لا غير فيوافق حديث: " فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد "[4] فتأمل.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣) (٤ / ٥٩ – ٦٠) .

(٤) تقدم من حديث عبادة بن الصامت وهو حديث صحيح .

القرض مع جواز[أ] رد أفضل مما اقترض اتفاقاً، وهما أصلان قد هدما منع النساء في معاوضة الجنس بجنسه وهدم السلم منع التفاضل أيضاً .

ولهذا قال ابن عباس: إن الله تعالى لما حرم الربا رخص في السلم رحمة لعباده، قلنا: إن سلم فقد [1]رجع[ب] ابن عباس واعتذر بأنه سمعه من أسامة وانقرض خلاف الزيدين ومن تبعهما فصارت المسألة إجماعية.

(أ) **قوله:** مع جواز رد أفضل، أقول: القرض ليس ببيع ولا يدخل تحت أحاديث بيعوا الذهب ونحوه من أحاديث الربا، بل هو فعل من أفضل القرب، وقد حرم الشارح جعله جراً لمنفعة، وأما جواز أن يكون القضاء أفضل فشيء آخر لم يشمله عقد ولا إرادة، وإنما هو من باب الفضل والبر والإحسان، وأين هو من أبواب الربا اللازمة بالعقد المقصود بالزيادة، فلا هدم به ولا بالسلم كما زعم.

(ب) **قوله:** فقد رجع ابن عباس..إلخ، أقول: تقدم عن "فتح الباري"[2] أنه اختلف في رجوع ابن عباس، ثم ذكر أنه روى الحاكم[3] من طريق حيان العدوي وهو بالمهملة وبالتحتانية، سألت أبا مجلز[4] عن الصرف؟ فقال: كان ابن عباس لا يرى به بأساً زماناً من عمره ما كان منه عيناً بعين يداً

---

(١) روى الحازمي في " الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار " (ص ٤٠٦) رجوع ابن عباس واستغفاره عند أن سمع عمر بن الخطاب وابنه عبد الله يحدثان عن رسول الله ﷺ بما يدل على تحريم ربا الفضل ، وقال : حفظا من رسول الله ﷺ مالم أحفظ .

وروى عنه الحازمي في " الاعتبار " (ص ٤٠٦ – ٤٠٧) : أنه قال كان ذلك برأيي وهذا أبو سعيد الخدري يحدثني عن رسول ﷺ فتركت رأيي إلى حديث رسول ﷺ .

(٢) (٤ / ٣٨٢ – ٣٨٣) .

(٣) " المستدرك " (٢ / ٣٨) .

قلت : وأخرجه ابن عدي في " الكامل " (٢ / ٨٣١) وابن حزم في " المحلى بالآثار " (٧ / ٤١٧) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٦) وهو حديث ضعيف .

(٤) في المخطوط أبا مخلد وما أثبتناه من مصادر تخريج الحديث .

وأجيب بأن ذلك مبني على أن القول يموت[أ] بموت قائله، وأن الإجماع[ب] بعد الخلاف المستقر حجة، وكلا الأمرين في حيز الممانعة، فإنه لا إجماع إلا على تحريم ربا الجاهلية الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم في خطبة الوداع: " ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع " كما ثبت ذلك عند أبي داود[1] وغيره[2] وربا الجاهلية هو كما أخرجه رُزين[ج] من حديث زيد بن أسلم هو الذي أذن الله تعالى فيه بالحرب، وهو أن يحل أجل الدين فيعجز المدين عن تسليمه فيضاعف عليه الدين ويؤخر إلى أجل أبعد، وهذا هو

بيد، وكان يقول: إنما الربا في النسيئة، ثم ذكر أنه لقيه أبو سعيد فحدثه بالحديث التمر بالتمر إلى قوله إذا كان يداً بيد مثلاً بمثل، فمن زاد فهو ربا، فقال ابن عباس: أستغفر الله وأتوب إليه، وكان ينهى عنه أشد النهي.

(أ) **قوله:** يموت بموت قائله: أقول: ما مات بموت قائله بل دعوى الإجماع تفرعت على رجوع ابن عباس لا على موته، نعم يصح قوله يموت بموت قائله في الزيدين إن صح خلافهما.

(ب) **قوله:** وإن الإجماع بعد الخلاف المستقر حجة، أقول: هب بأنه بطل القول بأنها أي حرمة ربا الفضل إجماعية، فقد بقي أنها الأرجح دليلاً كما أسلفناه، وليس كل مسألة تفتقر إلى الإجماع عليها إذن لانتفت أكثر الأحكام، وعند الشارح بخصوصه لا يبقى حكم غير الضروري لأنه يحيل الإجماع ويجعل روايته جرحاً لراويه، نعم يتم هذا إن تم رداً على المصنف حيث قال فصارت إجماعية.

(ج) **قوله:** كما أخرجه رزين، أقول: قدمنا لك أن رزيناً ليس بمخرج لما يأتي به مما لا يوجد في الستة التي جمعها، بل أتى بأحاديث لم يجدها ابن الأثير، فإذا ساقها بيّض لها قال ليبحث عنها وهذه الورطة وهي نسبة التخريج إلى رزين لعله أوقع الشارح فيها الديبع، فإنه يقول في التيسير أخرجه رزين وهو غلط لم يخرجه رزين، وإنما ذكره غير منسوب إلى كتاب.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٣٣٤) .

(٢) كالترمذي رقم (٣٠٨٧) .

وهو حديث صحيح .

الربا في النسيئة التي هي الدين المؤجل، وهذا هو الربا المجمع على تحريمه الذي يفسق فاعله ويجب الإنكار عليه لا ما عداه فإنه ظني، وإن صح الإجماع على منع(أ) الصرف الآن لظنية حجية الإجماع الذي سبقه الخلاف.

(**و**) إذا اختلف المالان (**في أحدهما**) أما في الجنس نحو ذهب بفضة أو التقدير ومثلوه بالبر وعجينه بناء على أن العجين من المقدرات، إلا أن المصنف قال في "البحر"[(١)] مسألة ويصح بيع العجين بالحنطة وبالخبز اعتباراً، فإن أراد ما قالت الحنفية من أن ما لا يمكن معه العود إلى الحال الأول يجوز التفاضل فيه والنساء لم يساعده(ب) قوله فقط وإن أراد أنه يجوز التفاضل فقط فلا حاجة إلى قوله اعتباراً لجواز التفاضل في مختلفي التقدير بلا اعتبار [ومن ذلك ما كان الزيدان يفعلانه من شراء غير المضروب من الجوهرين بالمضروب كما تقدم][(٢)] .

(أ) **قوله:** على منع الصرف الآن، أقول: أي على منع التفاضل فيه، بل لا بد من تيقن التساوي كما يأتي.

(ب) **قوله:** لم يساعده قوله فقط، أقول: لفظ البحر هكذا مسألة يصح بيع العجين بالحنطة وبالخبز متفاضلاً اعتباراً، هذا لفظه، فمراد الشارح بلفظ فقط ما يأتي في كلام الأزهار، ثم إنه قد صرح بـ"متفاضلا " فلا يرد عليه قوله وإن أراد أنه يجوز التفاضل فعرفت أنه أراده بل صرح به، نعم لو اقتصر الشارح على إيراد [إلى][(٢)] أنه لا حاجة إلى قوله اعتباراً لكان الصواب، وإن كان قد وجه شارح البحر كلامه بتقييده بقوله لعله يريد حيث اتفقا في التقدير، وذلك حيث يكونان موزونين فيحتاج إلى الاعتبار.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٠) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

وأما قوله: (*أو لا تقدير لهما*) فالتعميم فاسد لشموله نحو شاة بثوب، وذلك مما يجوز فيه التفاضل والنساء، ففي الثلاث الصور يجوز (*التفاضل*) نحو عشر أواقي فضة بدينار ذهب، وقدح بر برغيف بر على ما فيه من نظر وشاة بثوبين إلا أنه إن أريد التفاضل في المقدار فلا يتحقق إلا بين المتفقين فيه كالذهب والفضة والبر والشعير، لا بين المختلفين فيه نحو بر وعجين ولا بين ما لا تقدير لهما لما عرفناك من أن التفاضل في شيء فرع الاشتراك فيه، إلا أن يراد هنا[أ] التفاضل في مطلق الكم والكيف، لا في المقدار

(أ) **قوله:** إلا أن يراد هنا التفاضل في مطلق الكم والكيف، أقول: يراد التفاضل فيما يصح فيه ذلك، ولذا حمل بيع العجين بالبر على تقدير الاستواء في التقدير .

واعلم أنا بحثنا في "القول المجتبى"[1] على هذه الصورة المذكورة في الأزهار وغيره مما يحسن نقله هنا قال فيها: واعلم أنه في الأزهار ذكر صوراً أربعاً .

الأولى الاتفاق جنساً وتقديراً، وحكمها امتناع التفاضل والنساء .

والثانية الاتفاق جنساً لا تقديراً .

والثالثة الاتفاق تقديراً لا جنساً .

والرابعة عدم التقدير فيهما، وجعلوا حكم الثلاث الآخرة جواز التفاضل لا النساء فالصورة الأولى من الأربع هي المنصوص عليها في الأحاديث، والثالثة هي التي نص عليها قوله:" فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"[2]، وأما الثانية فلا دليل عليها، وكأنهم حملوا قوله صلى الله عليه وآله وسلم " فإذا اختلفت هذه الأجناس " على معنيين إذا اختلفت جنسية فقط، وهي الصورة الثالثة، أو تقديراً فقط وهي الصورة الثانية، وجعلوا حكمها واحداً، وأغرب من ذلك جعلهم الصورة الرابعة مما يحرم فيه التفاضل (لعلة النساء) [(فهو الذي حرموه)][3] لفقد التقدير

---

(١) وهي الرسالة رقم (١٢٧) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير . بتحقيقي .

(٢) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

فيهما، فيشمل نحو ثوب بشاة، مع أن الأحاديث ما تعرضت إلا لذوي التقادير إثباتاً ونفياً كيلاً ووزناً، إلا أن يحمل قول المصنف أو لا تقدير لهما، أي بالكيل والوزن، لأن هذا التقدير هو الذي سلف في قوله ففي الكيل والوزن فلا يرد مسألة الثوب والشاة ولا يتم اعتراض الشارح عليه بقوله فيما سلف، فالتعميم فاسد.

وإذا عرفت هذا فإن حصل اتفاق الجنس والتقدير حرم الأمران ومع اختلاف الجنس واتفاق التقدير حرم النساء وجاز التفاضل، فزاد الفقهاء أي فقهاء الهادوية[1] عكس هذه الصورة وهي اتفاق الجنس مع اختلاف التقدير كما مثلوه بالبر والعجين، وإن كان قد تؤول لهم بأن المراد مع اتفاق التقدير، وزادوا ما لا تقدير فيهما، ولا أدري من أين أخذوا حكمهما، فإن النص لا يدل عليهما.

والقياس الذي استنبطوا علته وهي الاتفاق في الجنس والتقدير لا يدل على حكم هاتين الصورتين؛ لأن العلة عندهم هي الاتفاق في الجنس والتقدير ولا تخلو إما أن تكون مركبة يثبت الحكم الذي هو عدم جواز التفاضل والنساء بثبوتها وينتفي بانتفائها، وإما أن تكون كل واحدة من [٤٩٣/٣] الأمرين علة على انفراده لذلك الحكم، وإما أن يكون كل واحد من اتفاق الجنس والتقدير علة على انفراده لواحد من الحكمين اللذين هما عدم جواز التفاضل والنساء، بأن يكون اتفاق الجنس مثلاً علة لعدم جواز النساء واتفاق التقدير علة لعدم جواز التفاضل أو بالعكس.

الثاني باطل لاتفاقهم على أن العلة في ذلك الحكم المجموع.

والثالث دعوى لا دليل عليها فإنه لا يرشد مسلك من مسالك العلة إلى ذلك التوزيع، إنما هو علم غيب، بل قد أرشد النص بدليل الخطاب إلى عدم علية الاتفاق في التقدير لعدم جواز التفاضل، بل إلى جوازه على ما قررناه سابقاً.

والرابع كذلك لأنه رتب الشارع جواز التفاضل على اختلاف الجنس مع اتفاق التقدير ولا دليل على أن عدم الاتفاق في الجنس علة لعدم جواز التفاضل، بل يجوز أنها هي مع اتفاق التقدير.

---

(١) انظر: " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٠ – ٣٤١).

وبعد هذا تعرف أن الصورتين اللتين حكموا فيهما بعدم جواز النساء وجواز التفاضل لا وجه لذلك أصلاً، فإنه إثبات حكم من غير دليل، وأنه لو سلم أن علة الربا ما استنبطوه من الاتفاق جنساً وتقديراً لما تم لهم الحكم في الصورتين المذكورتين فليتأمل فإنه لا يخلو عن دقة، ولا أعلم أنه قد تكلم عليه وبعده تعلم جواز التفاضل والنساء في الصورتين على أصل الإباحة، والكلام في الرسالة أبسط من هذا.

فعلى هذا يجوز بيع بعير[1] ببعيرين نسيئة، وعبد بعبدين[2]، إلا أن المصنف قد منع ذلك هنا واستدل له في "البحر"[3] بنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نساء[4]، وقد سمعت مما ذكره الشارح أن الحديث قد صححه الترمذي، ولكن قال البيهقي في" السنن الكبرى"[5] إن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت، فإذا لم يثبت فالأصل الجواز، وأما تضعيف حديث عبدالله بن عمر[6] وتضعيف حديث [7]بيع علي عصيفيراً اسم جمل بعشرين بعيراً فلا يضرنا لأن الأصل الإباحة، والدليل على

---

(١) تقدم من حديث عبد الله بن عمرو . وهو حديث ضعيف .

(٢) أخرجه أحمد (٣ / ٣٥٠ ، ٣٧٢) وأبو داود رقم (٣٣٥٨) والترمذي رقم (١٥٩٦) والنسائي رقم (٤٦٢١) وابن ماجه رقم (٢٨٦٩) ولمسلم في صحيحه رقم (١٢٣ / ١٦٠٢) معناه . كلهم من حديث جابر أن النبي ﷺ اشتري عبداً بعبدين " .

وهو حديث صحيح .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٠) .

(٤) عن الحسن عن سمرة قال : نهي النبي ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة " .

أخرجه أحمد (٣ / ٣٥٠ ، ٣٧٢) أبو داود رقم (٣٣٥٨) والترمذي رقم (١٥٩٦) والنسائي رقم (٤٦٢١) وابن ماجه رقم (٢٨٦٩) .

(٥) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٧) .

(٦) تقدم وهو حديث ضعيف .

(٧) عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً يدعى عُصيفراً بعشرين بعيراً إلى أجل " . =

المخصوص، لكنه قد اعتبر الكيل أو الوزن فقط كما علمت على أن [٤٩٣/٣] مثل حب بر برغيف بر لا يتحقق بينهما اشتراك في كم ولا كيف، وإنما يشتركان في الجنس لا غير، وقوله (**فقط**) أي لا أنه يجوز في تلك الثلاث مع جواز التفاضل النساء خلافاً للشافعي فجوز النساء في غير المطعوم كبعير ببعيرين، لنا حديث " لا ربا إلا في النسيئة " قالوا هو في قوة لا ربا في الصرف إلا في نسيئة [كما هو دليل مجوز التفاضل في الصرف مع الحضور لأنه عموم ورد على سؤال عن الصرف، والعموم الوارد على السؤال تابع للسؤال في عمومه وخصوصه، وإلا لزمكم التعميم وهو مذهب أهل الصرف، قلنا: مفهوم الشرط في إذا كان يداً بيد في حديث عبادة، قالوا :زيادة [(1)] تفرد بها عبادة من بين

المانع على أنه كحديث عبدالله بن عمرو، أنه شرى بعيراً ببعيرين إلى أجل، وأنه أمره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك فينضم إلى حديث علي فيتم العمل به وإن كان فيه ما سلف .

إذا عرفت هذا فكأن المصنف جعل النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة دليلاً لأحد الصور التي منعها، ونحن نازعناه في تلك الصور بناء على أنه بناها على الاستدلال بحديث الستة المنصوصة، ولذا قلنا: إنه إثبات حكم بلا دليل، وقد عرفت أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ناهض، فبقي كلامنا فيما، أوردناه عليه صحيحاً في وروده عليه [لله جزيل الحمد وله المنة][(2)].

= أخرجه مالك في " الموطأ " (٣ / ٦٩ رقم ٢٦١) والحاكم (٢ / ٥٦ ، ٥٧ وفي سنده جهالة واضطراب .

وأخرجه الشافعي في " مسنده " (ص ١٤١) ط . دار الريان للتراث / القاهرة

بسند منقطع ، لأن الحسن بن محمد بن علي لم يسمع من جده علي بن أبي طالب . وقد روي عنه ما يعارض هذا .

فقد أخرج عبد الرزاق في " مصنفه " (٨ / ٢٢ رقم ١٤١٤٣) من طريق ابن المسيب عن علي أنه كره بعيراً ببعيرين نسيئة .

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٠٢) وأما قول الجلال " إنها زيادة تفرد بها عبادة " فليس من جنس كلام أهل العلم ، فإن الزيادة الخارجة من مخرج صحيح مقبولة بالإجماع ، وتفرد الصحابي بالرواية حجة عند جميع المسلمين .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

رواة أحاديث الربا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، لأن أبا هريرة لم يزد على إلا ما اختلفت ألوانه، وفي الصحيحين[١] والنسائي[٢] من حديث أبي بكرة " أمرنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن نشري الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئنا فقال رجل: يداً بيد، فقال: هكذا سمعت " يعني: سمعته كما رويته بغير الزيادة، ولهذا أسقط النسائي السؤال والجواب فلم يزد على كيف شئنا .

قلنا: يشهد له حديث ابن عمر عند أحمد [٣]وأصحاب السنن[٤] وابن حبان[٥] والحاكم[٦] والبيهقي[٧]: " كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ مكانها الورق، وبالورق فآخذ مكانها الدنانير، فسألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم؟ فقال: لا بأس ما لم تفترق وبينكما شيء " قالوا : لم يرفعه[٨] غير سماك، وقد قال شعبه: أنا أفرقه، وأيضاً هو تحذير مما يؤدي إلى الاختلاف، لأنه عند أبي داود بلفظ: " ما لم يفرق بينكما شيء " ولو سلم فالمنع إنما كان لأنه يصير من الكالئ بالكالئ، وقد نهى عنه وإلا عدتم على تأويلكم الماضي بالإبطال، وأيضاً قام الإجماع على جواز أن يشتري سمن بفضة نساء، وأن يسلم أحدهما في الآخر مع اتفاقهما في التقدير .

....

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٢) ومسلم رقم (٨٨ / ١٥٩٠) .

(٢) في " السنن " رقم (٤٥٧٩) .

(٣) في " المسند " (٢ / ٨٣ – ٨٤ ، ١٣٩) .

(٤) أبو داود في " السنن " رقم (٣٣٥٤) والترمذي رقم (١٢٤٢) والنسائي (٧ / ٢٨١ – ٢٨٢) وابن ماجة رقم (٢٢٦٢) .

(٥) في صحيحه رقم (٤٩٢٠) .

(٦) في " المستدرك " (٢ / ٤٤) .

(٧) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٤ ، ٣١٥) وهو حديث ضعيف .

(٨) انظر : " المحلى " (٨ / ٥٠٣ – ٥٠٤) .

وهذا قلتم: (**إلا الموزون بالنقد فكلاهما**) لأن للدرهم والدينار وزناً[أ] معروفاً (**ونحو سفرجل برمان سلما**) مع أن تعميم تصحيح بيع الموزون بالنقد مطلقاً فاسد لاستلزامه صحة بيع غير المضروب من الجوهرين بالنقد متفاضلاً ونسيئاً ولم يقل به[ب] أهل

(أ) **قوله:** وزناً معروفاً، أقول: لا يقال اختصاصهما بذلك الوزن المخالف للموزونات، لو اعتبر لصيرهما غير مشاركين للموزونات في المقدار فلا يتم الاستثناء إلا على أنه منقطع، فالحق أن العلة هي الإجماع كما صرح به قريباً.

(ب) **قوله:** ولم يقل به أهل الصرف فضلاً عن غيرهم، أقول: هو كما قال في لزومه لعبارة المصنف، ولذا قال في الأثمار غالباً، قال شارحه لأن قوله في الأزهار إلا الموزون بالنقد فكلاهما يوهم جواز التفاضل والنساء في بيع سبيكة من ذهب أو فضة بنقد، إذ السبيكة من الموزونات، وقد قال: فكلاهما وعبارة الأثمار سالمة من ذلك الإيهام، إذ لا تتناول لفظه غالباً إلا ما يصح.

قلت: وقوله سبيكة لا وجه لتخصيصه، فإن المصنوع كذلك، فإن الصنعة لم تخرجه عن كونه فضة أو ذهباً ووجه التحريم حديث: " بيعوا الذهب بالفضة.. إلخ " ثم بقي أنه يلزم على عبارة الأزهار أنه لا يجري هذا في المكيل بالنقد فإنه لم يستثن إلا الموزون، وذلك كقدح طعام بقرش، فعلى إطلاق عبارته أنه لا يجوز النساء في ذلك، وظاهر حديث [١] " إذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد" عدم النساء في شيء من الستة المنصوصة مع غيره منها لا مع مثله، فإنه يحرم التفاضل والنساء جميعاً إلا أنه ثبت في المكيل حديث " رهنه لدرعه صلى الله عليه وآله وسلم في أصواع من شعير " كما في البخاري[٢] وغيره[٣] من حديث عائشة ومات وهو مرهون في ذلك، فدل على أنه يخص المكيل أيضاً في جواز النساء إذ هذا ربوي شراه صلى الله عليه وآله وسلم ديناً، فهذا يدل على الجواز في ذلك، فعلى هذا يزاد على الموزون بالنقد، وإلا المكيل فيجوز النساء.

---

(١) تقدم من حديث عبادة وهو حديث صحيح .

(٢) في صحيحه رقم (٢٠٩٦) .

(٣) كمسلم في صحيحه رقم (١٢٤ / ١٦٠٣) وأحمد (٦ / ٤٢) .

الصرف فضلاً عن غيرهم، قلنا: تخصيص بالإجماع ورد بأن له مستنداً من كتاب أو سنة، وذلك نقض لعلية التساوي في التقدير للربا والعلة المستنبطة، تبطل بالنقض عند المحققين، وحيث قد انتقضت علية الاتفاق في الجنس بجواز بيع بعير ببعيرين حاضراً اتفاقاً، وعليه الاتفاق في التقدير بجواز شراء نحو سمن بفضة نساء كما هو مفهوم الصفة[أ] في قوله الذهب بالذهب ونحوه، الموافق للإجماع على جواز بيع الموزون بالنقد الذي صح أن يكون أصلاً يقاس عليه بيع شعير ببر مع التفاضل والنساء بجامع الاختلاف في الجنس مع الاتفاق في التقدير مؤكداً ذلك بجواز السلم مطلقاً، فحيث قد انتقضت عليه كل من الأمرين منفرداً لم يبق ربوياً إلا ما اجتمع فيه الاتفاق في الجنس والتقدير بالكيل والوزن إذا كان نسيئة أيضاً عند أهل الصرف، ومطلقاً عند غيرهم، ومخصوصاً بالستة عند الظاهرية.

وأما الفضل فإنه لا يتحقق مع اختلاف الجنس، كما قد أشار إليه الشارح، والحديث الذي أشرنا إليه أخرجه مسلم [1] في كتاب البيوع من صحيحه عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً من حديد، وأخرجه البخاري[2] من حديث أنس، فقد تعارض القول وهو قوله "فإذا اختلفت إلى قوله يداً بيد"، والفعل وهو ما ذكرناه والجمع بينهما أن يخص القول بالفعل، وإنما بقي الكلام هل يقاس على الشعير البر والتمر والملح من الأمور الستة المنصوصة فيجوز فيها النساء؟ هذا محل تردد فلينظر.

(أ) **قوله:** مفهوم الصفة، أقول: يتأمل فالظاهر أنه من مفهوم الاسم، وهذا النقض لجزئي العلة يؤكد ما سلف من أنها لا تتم علة إلحاق غير الستة بها إلا أن النقض بالسلم لا يتم لأنه خصه الشارع بالجواز.

---

(١) في صحيحه رقم (١٢٤ / ١٦٠٣) .

(٢) في صحيحه رقم (٢٥٠٨) .

احتج الشافعي بحديث عبدالله بن عمرو بن العاص " أمرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن اشترى بعيراً ببعيرين إلى أجل " أحمد [١] وأبو داود[٢] والدارقطني[٣] وابن أبي شيبة[٤] والبيهقي[٥]، قلنا: فيه عمرو [أ] بن حريش ومسلم بن جبير الراوي عنه وهما مجهولان، وفي سنده اضطراب اختلف على ابن إسحاق فيه قالوا[ب]: أخرج له البيهقي[٦]

(أ) **قوله:** عمرو بن حريش، أقول: كذا في نسخة الشارح بضم المهملة وفتح الميم وليس كذلك إنما هو بفتحها وسكون الميم، وحريش بفتح المهملة أوله وآخره معجمه أبو محمد الزبيدي، قال في "التقريب"[٧] مجهول ووهم ابن حبان حيث قال إنه عمرو بن حبشي ومسلم بن جبير بالجيم مصغر جبر مجهول أيضاً وهذا، التعقب الذي ذكره الشارح هو الذي قدمناه عن ابن القطان أنه تعقب يحي ابن معين وغيره وفي التحقيق أنه ليس بتعقب بل بيان أن الشهرة لا تستلزم صحة الحديث، وذلك أنه قال يحيى بن معين وابن أبي حاتم وعبد الحق هذا حديث مشهور، واعترضه ابن القطان، وقال الشهرة لا تنفعه وأن الضعيف يشتهر، ثم أعله بمن ذكر الشارح.

(ب) **قوله:** قالوا أخرج البيهقي له شاهداً، أقول: لفظ "التلخيص"[٨] ولكن أورده البيهقي في السنن وفي "الخلافيات"[٩] من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه فهو الحديث نفسه حديث ابن عمرو بعينه إنما الطريق اختلفت.

---

(١) في " المسند " (٢ / ١٧١ ، ٢١٦) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٣٥٧) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٦٩ رقم ٢٦١) .

(٤) في مصنفه (٦ / ١١٤) .

(٥) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٧ – ٢٨٨) .

وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

(٦) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٨) .

(٧) (١ / ٦٨ رقم ٦٦١) .

(٨) (٣ / ١٨ – ١٩) .

(٩) انظر : " مختصر خلافيات " البيهقي (٣ / ٢٩١) .

شاهداً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه، قلنا معارض بما عند الترمذي [1] وحسنه من حديث جابر بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يصلح بيع الحيوان اثنان بواحد نسيئة " وبما عند أبي داود [2] والنسائي [3] والترمذي [4]،

قوله: قالوا، أقول: يريد الشافعي [5] ومن تبعه والذي في شرح المناوي على الجامع الصغير أن المراد نسيئة من الطرفين ليكون من بيع الكالئ بالكالئ، هكذا قرره الشافعي توفيقاً بين هذا وبين خبر البخاري [6] أن المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم اقترض بكراً ورد رباعياً، وقال [7]: خياركم أحسنكم قضاء، قلت: إلا أنه لا يخفى أن الكلام في البيع وحديث البخاري في القرض ولا تنافي بينهما حتى يحتاج إلى التوفيق ولا إلى قوله وجعلوه ناسخاً كما هو ظاهر.

وتعلق الحنفية بظاهر الخبر ومنعوا بيع الحيوان بالحيوان وجعلوه ناسخاً لحديث البخاري مع أن النسخ لا يثبت بالاحتمال، وفصل مالك وقال: يجوز إن اختلف الجنس ويحرم إن اتحد ونزل الخبرين على هذا.

---

(١) في " السنن ".

(٢) في " السنن " رقم (٣٣٥٤).

(٣) في " السنن " رقم (٤٦٢٠).

(٤) في " السنن " رقم (١٢٣٧).

قلت: وأخرجه ابن ماجه رقم (٢٢٧٠) وهو حديث صحيح.

(٥) في " الأم " (٤ / ٢٤٥).

(٦) في صحيحه (٤ / ٤١٩ رقم الباب (١٠٨) مع الفتح معلقاً.

" واشترى ابن عمر راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٣٩٢) ومسلم رقم (١٢٢ / ١٦٠١) وأحمد (٢ / ٣٩٣).

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كان لرجل على النبي ﷺ سن من الإبل، فجاء يتقاضاه، فقال: " أعطوه " فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا سنا فوقها، فقال: " أعطوه " فقال: أوفيتني أوفاك الله فقال النبي ﷺ " إن خيركم أحسنكم قضاء ".

وقال حسن[أ] صحيح من حديث سمرة بن جندب قال: " نهى النبي صلى الله عليه وآلـــه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة " قالوا : المراد بذلك النهي عن المضـــامين مـــا في بطون إناث الإبل، والملاقيح ما في ظهور الجمال، وحبل الحبلة وهو بيـــع الجـــزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها، لأنهم كانوا يبيعون ذلك بالإبل والغنم، أخرجه مالك[1] عن سعيد بن المسيب ويسمون ذلك المجر[ب] كما ثبت [ذلك][2] عند البيهقي[3] وعبـــد

(أ) **قولـه:** وقال حسن صحيح، أقول: وقال غيره رجاله ثقات إلا أن الحفاظ رجحوا إرســـاله لمـــا في سماع الحسن[4] من سمرة من النزاع، وقد رواه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عباس[5].

(ب) **قولـه:** المجر[6]، أقول : هو بفتح الميم وسكون الجيم فراء، وقال القتيبي[7] هو بفتح الجيم وتعقب قوله قالوا والمراد [8]بذلك النهي عن المضامين ما في البطون كناية عن الملاقيح.

---

(١) في " الموطأ " (٢ / ٦٥٥ رقم ٦٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٤١) .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

(٥) أخرجه الدارقطني في " السنن " (٣ / ٧١ رقم ٢٦٧) وعبد الرزاق في المصنف رقم (١٤١٣٣) وابن الجارود في " المنتقى " رقم (٦١٠) والطبراني في " المعجم الكبير " رقم (١١٩٩٦) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٨٨ – ٢٨٩) .

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٥) وقال : رواه الطبراني في " الكبير والأوسط ورجاله ثقات .

وقد رجح أبو حاتم كما في " العلل " (١ / ٣٨٥) المرسل ، وكذا البيهقي ، فرد عليه ابن التركماني (٥ / ٢٨٩) رداً مفيداً ومتيناً وساق لحديث ابن عباس شواهد .

وخلاصة القول أن حديث ابن عباس حديث صحيح .

(٦) انظر " النهاية " (٢ / ٦٣٥) .

(٧) ذكره ابن الأثير في " النهاية " (٢ / ٦٣٦) .

(٨) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٠٦) فأحاديث النهي أرجح وأصوب ولم يصب من حمل النهي على =

الرزاق[1] بلفظ: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم [٤٩٤/٣] عن بيع المجر " إلا أن في إسناد البيهقي موسى بن عبيد[أ] الربذي، وفي إسناد عبد الرزاق الأسلمي وهو أضعف من موسى، إلا أن البيهقي ذكر أن ابن إسحاق رواه عن نافع عن ابن عمر فقوي بذلك .

قال أبو عبيد[2] : المجر أن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة ويشهد له حديث: " أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان " كما أخرجه الهادي عليه السلام في الأحكام بلاغاً، وأخرجه مالك[3] وأبو داود[4] عن سعيد مرسلاً

قلت: وتقدم الخلاف في تفسيرها وتفسير المضامين [٤٩٤/٣]، إلا أن تسمية ذلك حيواناً بعيد جداً، وإن صح مجازاً سيما ما في ظهور الإبل، وما سمى صلى الله عليه وآله وسلم ما في البطن إلا جنيناً كقوله صلى الله عليه وآله وسلم "ذكاة الجنين ذكاة أمه"[5] " فحمل النهي فيهما على الحيوان بعيد " ولذا قال ابن الأثير كناية عن الملاقيح فلم يجعل المجر نفس الملاقيح، بل قال في "النهاية"[6] أنه لا يقال لما في البطن مجراً إلا إذا أثقلت الحامل وحينئذ لا يصح تسمية الملاقيح مجراً ولا في حبل الحبلة، فإنه اسم لما في بطن ما في بطنها.

(أ) **قوله:** موسى بن عبيد الربذي، أقول: هكذا في نسخة المصنف، والذي في التقريب موسى بن عبيدة بضم أوله الربذي بفتح الراء والموحدة ثم معجمة، ضعيف.

= المضامين وهي مافي بطون الأنعام كما فعل الجلال فإنه حمل الأحاديث على أندر صورةٍ ، وقد ورد النهي عن بيع الملاقيح والمضامين على حدته وهو أعم من أن نشترى بنقد أو عرض ، ولكن مجة الإغراب تأتي بمثل هذا العجاب " .

(١) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٨) .

(٢) في " غريب الحديث " (١ / ٢٠٦) .

(٣) في " الموطأ " (٢ / ٦٥٥ رقم ٦٤) . (٤) في " المراسيل " رقم (١٧٨) بسند صحيح مرسلاً .

(٥) أخرجه أحمد (٣ / ٣١) والترمذي رقم (١٤٧٦) وأبو داود رقم (٢٨٢٧) وغيرهم وهو حديث صحيح بطرقه وشواهده .

(٦) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٦٣٦) .

أيضاً، ووصله الدارقطني في "الغرائب"[1] عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد، وإن صوب الإرسال وتبعه ابن عبد البر وغيره.

وله شاهدان عند البزار[2] ضعيفان من حديث ابن عمر، وأقوى منهما عن الحسن عن سمرة عند الحاكم[3] والبيهقي[4] وابن خزيمة[5].

وعند الشافعي[6] من طريق ابن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بهذه، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا.

. . . .

---

(١) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٢).

(٢) أخرجه البزار في " مسنده " (رقم ١٢٦٦ – كشف).

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٥) وقال رواه البزار ، وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف.

قال البخاري ثابت أبو زهير . منكر الحديث . وقال ابن عدي : يخالف الثقات في المتن والسند ، وقال الدارقطني وغيره : منكر الحديث.

" التاريخ الكبير " (١ / ١٦٣) " و " المجروحين " (١ / ٢٠٦) و " الجرح والتعديل " (٢ / ٤٥٢) و " المغني " (١ / ١٢٠) و " الميزان " (١ / ٢٦٤).

وأخرجه البزار من رواية أبي أمية بن يعلى عن نافع أيضاً ، وأبو أمية ضعيف . " التلخيص " (٣ / ٢٣).

أبو أمية بن يعلى : هو إسماعيل ضعفه الدارقطني.

انظر : " الميزان " (٤ / ٤٩٣).

(٣) في " المستدرك " (٢ / ٣٥) وقال : صحيح الإسناد رواته عن أخرهم أئمة حفاظ ثقات ولم يخرجاه.

(٤) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٩٦).

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٣).

انظر تخريجه مفصلاً في " نيل الأوطار " (١٠ / ١٨٦ بتحقيقي).

(٦) أخرجه البيهقي في " المعرفة " (٨ / ٦٦٦ رقم ١١١٤٣).

قالوا : وكل ذلك ظاهر في أن النهي لأمر غير الربا من جهالة أو غيرها كما في المضامين وما في الفصل الآتي بعد هذا، وإلا لزم إثبات الربا في مختلفي الجنس مع الحضور، لأن اللحوم أجناس .

قلنا: اللحم[1] مطلق فيحمل على الحيوان بالحيوان المقيد بالنسيئة، قالوا إنما يحمل المطلق على المقيد إذا كانا في حكم واحد، واسم اللحم لا ينطلق على الحيوان والعكس.

ثم ذلك لا يتم في خبر العناق والجزور، وأما ما أخرج مالك في الموطأ[2] عن علي عليه السلام أنه باع جملاً له يسمى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل فهو من حديث الحسن بن محمد بن علي وهو عن علي منقطع، وقد روى عبد الرزاق[3] وابن أبي شيبة[4] أن علياً رضي الله عنه كره بعيراً ببعيرين نسيئة ورويا أيضاً الكراهة عن ابن عمر وروى

---

(١) قال الشوكاني في " نيل الأوطار " (١٠ / ١٨٧) ولا يخفى أن الحديث ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه ، فيدل على عدم جواز بيع اللحم بالحيوان ، وإلى ذلك ذهبت العترة والشافعي إذا كان الحيوان مأكولاً .

" البحر الزخار " (٣ / ٣٣٧) " البيان " للعمراني (٥ / ٢١٥) .

وإن كان غير مأكول جاز عند العترة ومالك وأحمد والشافعي في أحد قوليه لاختلاف الجنس .

وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز لعموم النهي .

" عيون المجالس " (٣ / ١٤٤٣) " المجموع " (١٠ / ٤٧٧) " الأم " (٤ / ٦٦) .

وقال أبو حنيفة : يجوز مطلقاً واستدل على ذلك بعموم قوله تعالى ﴿ وأحلَّ الله البيع ﴾ [سورة البقرة : ٢٧٥] .

وقال محمد بن الحسن الشيباني : إن غلب اللحم جاز ليقابل الزائد منه الجلد .

" بدائع الصنائع " (٥ / ١٩٠ – ١٩١) " الاختيار " (٢ / ٢٧٩) .

(٢) (٢ / ٦٥٢ رقم ٢٦١) مسند منقطع . وقد تقدم تخريجه .

(٣) في " مصنفه " رقم (١٤١٤٣) .

(٤) في " مصنفه " (٦ / ١١٤) .

الدارقطني[1] والحاكم [2]من حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن السلف في الحيوان وفيه إسناده إسحاق بن إبراهيم بن حولي وهّاه ابن حبان .

(***فإن اتفقا فيهما***) أي في الجنس والتقدير كما في حديث النهي عن الستة .

(***اشترط***) في صحة بيع أحدهما بالآخر (***الملك***) لما تقدم في حديث لا تبع ما ليس عندك، بناء على أنه لا يصح فيهما البيع الموقوف وفيه نظر على أنه سيأتي في الصرف عدم اشتراط الملك حال العقد، والصرف بيع ينعقد بلفظ البيع فلا فرق بين ما هنا وما هناك .

(***والحلول***) وهو عدم التأجيل لقوله في أحاديث النهي إلا هاءً [3]ها[أ] وإلا يداً بيد (***وتيقن التساوي حال العقد***) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " إلا مثلاً بمثل "[1] (***والتقابض في المجلس***) خلافاً لأبي حنيفة [2] لنا قوله صلى الله عليه وآله

(أ) **قوله:** إلا هاء وهاء، أقول: فيه لغتان [4]المد والقصر، والأول أفصح وأشهر، وأصل هاك فأبدلت المدة من الكاف ومعناه خذ هذا، ويقول صاحبه مثله واستدل به على اشتراط التقابض في الصرف في المجلس، وهو قول الشافعي[5] وأبي حنيفة[6] وغيرهما[7].

قلت: بل ويدل على اشتراط التقابض في الستة في صرف وغيره.

---

(1) في " السنن " (٣ / ٧١ رقم ٢٦٧) .

(2) في " المستدرك " (٢ / ٥٧ – ٥٨) .

(3) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(4) قال ابن الأثير في " النهاية " (٢ / ٨٨٨) هاء وهاء أنه يقول كل واحد من البيعين هاء فيعطيه مافي يده .
وقال ابن مالك في شواهد التوضيح والتصحيح لمشكلات الجامع الصحيح " (ص ٢٠٥) هاء اسم فعل بمعنى خذ .
وانظر : " المفهم " (٤ / ٤٧٠ – ٤٧١) " كتاب العين " (ص ٩٩٨) .

(5) " الأم " (٤ / ٣٩) .

(6) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٢٧) .

(7) انظر : " المغني " (٦ / ٧) .

وسلم " إلا هاء بها " وذلك معنى التقابض وأجيب بأن هاء بهاء كناية عن عدم التأجيل لحصول الملك بالعقد إذ الفرض أنه صحيح والتخلية فيه كافية عن القبض، والتقابض إنما يحتاج إليه في العقد الفاسد، وحصول التقابض لا يشترط حال العقد بل في المجلس [٣] ٠

(**وإن طال**) وكان العقد في أوله والتقابض في آخره (**أو انتقل البيعان**) من مكان فيه إلى آخر ما لم يتعدد المجلس (**أو أغمي عليهما أو على أحدهما**) ثم حصلت الإفاقة فيه فوقع القبض بعدها ٠

(**أو أخذ**) أحد المتبايعين (**رهناً أو**) حصلت منه (**إحالة**) على غائب عن المجلس ثم حضر إلا أن الإحالة تشبه التأجيل إلى غير المجلس فلا يصح ذلك على المذهب (**أو**) حصلت منه (**كفالة**) [٤] بإحضار ما عليه فحضر فإن ذلك كله لا يفسد (**ما لم يفترقا**) قبل التقابض ولا حاجة إلى قوله (**لا**) لو فارقهما الكفيل (**المتدرك**) وهما

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح ٠

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٢٧) ٠

(٣) انظر : " المغني " لابن قدامة (٦ / ٧) ٠

(٤) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٠٧) وأما قوله : " أو أخذ رهناً أو إحالة أو كفالة " فباطل " مخالف للأدلة مدفوع بها إن أراد أن أحد هذه الأمور يغني عن القبض ، وإن أراد أنه يكفي ذلك ماداما في المجلس كما يفيده قوله : " مالم يفترقا " فلا حاجة إلى هذه الأمور مع البقاء في المجلس لأن التقابض فيه يكفي من غير توسيط هذه الأمور والتعرض لذكر مفارقة المستدرك لهما مما لا حاجة إليه ولا مدخل له ٠

باقيان حتى تقابضا لأن مناط الصحة التقابض في المجلس، ولا دخل لحضور الكفيل ولا غيبته (**و**) إذا قضى أحدهما صاحبه (**ما**) هو له عليه (**في الذمة**)[أ] فإنه يصح لأنه (**كالحاضر**) ما لم يكن العوضان كلاهما في الذمة لئلا، يكون من الكالئ بالكالئ كما تقدمت الإشارة إليه في حديث ابن عمر ما لم تفترقا وبينكما شيء .

(**و**) لما كانت[ب] الجنسية مناط الربوية وكانت قد تلتبس أوضحها [٤٩٥/٣] بقوله: (**الحبوب أجناس**) لا جنس واحد ما لم تتفق صورها كالعلس والبر (**وكذلك الثمار واللحوم أجناس و في كل جنس**) من اللحوم (**أجناس**) فالكبد جنس والكرش جنس واللحم جنس والشحم جنس والمعاء جنس والكلى جنس وشحم البطن جنس والإلية جنس (**والألبان تتبع اللحوم**) في الاختلاف (**والثياب سبعة**) أجناس

(أ) **قوله:** وما في الذمة كالحاضر، أقول: لم يستدل له الشارح وإنما أشار إلى الدليل في آخر كلامه، وهو ما ذكره المصنف وابن بهران من حديث ابن عمر عند أبي داود[1]، وهو أنه كان يشتري الإبل بالدراهم ويأخذ الدنانير ويأخذها بالدنانير ويعطي الدراهم يأخذ هذه من هذه ويعطي هذه عن هذه، وأنه سأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال: لا بأس ما لم تفترقا وبينكما شيء (قال في الغيث فدل على أن ما في الذمة كالحاضر) انتهى.

قلت: فيه تأمل لأنه لم يبع ما في ذمته من النقد بالنقد الآخر ولا وقع تعاقد وإنما غايته أن في ذمته نقداً فأعطى عنه نقداً آخر، وأخذه من باب قضاء الدين، وإنما دل الحديث على أن من عنده لغيره نقد وأراد أن يقضيه عنه نقداً آخر من غير جنسه أن يسلمه إليه قبل التفرق جاز، وكيف يجعل ما في الذمة كالحاضر في باب الربا مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم يداً بيد وهآ بهآ فإنه ظاهر في اشتراط الحضور للبدلين والتقابض؟

(ب) **قوله:** ولما كانت الجنسية مناط الربوية، أقول: هذا يحتاجه من يقول بإلحاق غير الستة بها لا على ما نختاره ويختاره الشارح.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٣٥٤) وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

حرير وكتان وقطن وخز وصوف وشعر ووبر (***والمطبوعات***) وهي ما يجري عليها الطابع والمطارق من المعادن (**ستة**) هو أجناس الذهب والفضة والنحاس والرصاص والحديد والشبه وهو نوع من الصفر يشبه الذهب.

ثم لما عرفت أن التقدير مناط للربوية أيضاً كالجنسية، وكان قد يختلف بين ما يعمل عليه عند الاختلاف فقال: (***فإن اختلف التقدير***) بأن يكون تارة مكيلاً وتارة موزوناً أو في بلد مكيلاً وفي أخرى موزوناً (***اعتبر الأغلب في***) تقدير (**البلد**) وقال المؤيد بالله [1] والشافعي[2] بل الميزان ميزان مكة والمكيال مكيال المدينة لثبوته كذلك من حديث ابن عمر مرفوعاً عند أبي داود[3] والنسائي[4] والبزار[5]، واستغربه وصححه ابن حبان[6] والدارقطني[7] والنووي[7] وأبو الفتح[7] القشيري، قلنا: اختلف في صحابيه فروى عن ابن عباس[8] قالوا: اتفق الحفاظ على أن الذي أخطأ [9] بذلك أبو أحمد وقلب[10] متنه أيضاً، فقال "الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة".

....

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٢٢٢) .

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ١٩٣ – ١٩٤) .

(٣) في " السنن " رقم (٣٣٤٠) .

(٤) في " السنن " رقم (٤٥٩٤) .

(٥) في " مسنده " رقم (١٢٦٢ – كشف).

(٦) في " صحيحه رقم (٣٢٨٣) .

(٧) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٢ / ٣٣٧) .

(٨) أخرجه أبو داود رقم (٣٣٤٠) من حديث ابن عمر . وهو حديث صحيح .

(٩) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٢ / ٣٣٨) .

(١٠) قاله البيهقي كما في " التلخيص الحبير " (٢ / ٣٣٨) .

قلنا: قال الخطابي[1] معنى الحديث أن الوزن الذي يثبت بـه نصـاب الزكـاة في الموزون ميزان مكة والمكيال الذي يثبت به نصابها في المكيل مكيال المدينة لا أن[أ] المراد أن لا يوزن شيء إلا ما وزن في مكة ولا يكال شيء إلا ما كيل في المدينة، فإن التعرض لبيان الميزان لا يستلزم التعرض لبيان الموزون، قالوا: ممنوع فإن الوزن مضاف[ب] إلى المـوزون وهو مطلق والمطلق يتقيد بالمعتاد، وقد بين الحديث أن حكم الربا يتعلق بمعتاد مخصـوص،

(أ) **قولـه:** لا إن المراد لا يوزن شيء إلا ما وزن في مكة، أقول: المتبادر من الحديث أنه إعلام بأن مـا اعتبر فيه الشارع كيلاً أو وزناً من زكاة وغيرها أنه يعتبر بمقادير مكة والمدينة، وأن قوله في خمسـة أوسق صدقة، ومثل أن الفطرة صاع "[2]وفي عشر أواقي صدقة "[2]إن ذلك كله مراد به مقـادير مكة والمدينة، ويقاس على ذلك القدر في غيرهما من البقاع، وأما مثل مقادير الربويات ففي كل محل مقداره فإنه ليس المراد إلا تساوي الأمرين تقديراً لا بمقدار محل معين ولذا ورد لفظ وزنـاً بـوزن وكيلاً بكيل بالتنكير من غير إشارة إلى قدر محل معين، بخلاف مثل صاع من تمر فإنه يعرف أن المراد من كيل المدينة بقرينة مثل: " اللهم بارك لنا في مدها وصاعها " "وفي الزكاة خمسة أوسق"[2] فإنـه مقدار معروف في المدينة هذا الأقرب من فهم الحديث لا أنه قطعي أنه المراد، وأما قول الشـارح أن التعرض.. إلخ فلا طائل تحته.

(ب) **قولـه:** مضاف إلى الموزون، أقول: أي أنه لا يطلق إلا كذلك، يقال وزن الذهب ووزن الفضـة، وكان الأحسن أن يقول والإضافة للعهد والمعهود وزن مكة لأن قوله وهـو مطلـق إن أراد، مـع الإضافة فلا يناسب ما يقرره أئمة البيان، والشارح أيضاً من أن أصل الإضافة للعهـد، وإن أراد في حديث وزناً بوزن فلا يناسب قوله أنه مضاف، والأقرب أن هذا مراده، ويريد الإضافة في غير عبارة الحديث، وأما قوله وإلا لزم.. إلخ ففيه خفاء.

---

(١) في " معالم السنن " (٣ / ٦٣٦ – مع السنن) .

(٢) تقدم تخريجه .

وإلا لزم أن يثبت الربا في مختلفي الجنس، والتقدير في مكة والمدينة إذا قدرا في غيرهما فيحكم بالربا في ما لا ربا فيه عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

(**فإن صحب أحد المثلين**) [1] كان صواب العبارة الجنسين لأن المماثلة قد تكون في التقدير، ولا يجب تغليب المنفرد فيما تماثلا في التقدير نحو رطل سمن برطل عسل ودرهم حاضرين فلو قال أحد الجنسين لسلم من ذلك الوهم، ثم المراد بالصحبة أن يدخل معه في العقد (**غيره**) وهو (**ذو قيمة**) مستقلة لو انفرد كما لو باع صاع تمر بصاع تمر ودرهم (**غلب**) أي وجب أن يزاد على الصاع (**المنفرد**) عن الدرهم وإلا لكان بعضه يقابله الدرهم والبعض الآخر يقابله الصاع الآخر فيتفاضل المتقابلان مع اتفاق

....

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٠٩) قوله : فإن صحب أخذ المثلين " إلى الفصل .

أقول : هذه المسائل التي يسمونها مسائل الاعتبار مردودة مدفوعة ، بالسنة الصحيحة الصريحة دفعا أظهر من شمس النهار ، وأجلى من عمود الصباح .

أما أولاً فبالأحاديث المتواترة المشتملة على أن تلك الأجناس لاتباع إلا مثلاً بمثل سواء بسواء ، فانضمام ماليس من جنس أحد المتساويين إلى أحدهما لا يسوغ أن يكون الجنس المقابل له أكثر قدراً منه ، ولو بلغ في القيمة مابلغ ، ووصل في النفاسة وارتفاع الجنس إلى أبلغ غاية .

وأما ثانيا فحديث القلادة – سيأتي نصه وتخريجه – يدل أبلغ دلالة على أن هذه المسائل مخالفة للشريعة المطهرة مضادة لها ، وتنادي بأعلى صوت أن مثلها يستلزم تحليل ماحرم الله من الربا الذي توعد عليه بالحرب منه ، واتفق المسلمون على تحريمه ، وأنه من كبائر الذنوب " .

جنسيهما، وتقديرهما، وهو عين الربوي بخلاف ما إذا كان المنفرد زائداً على الصاع بشيء له قيمة كانت تلك الزيادة في مقابلة الدرهم، وتقابل صاع وصاع مستويان وهذا هو مناط[أ] مسائل الاعتبار، وخالف فيه الشافعي [1] لحديث فضالة بن عبيد اشتريت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز باثني عشر ديناراً ففصلتها فوجدت فيها أكثر

(أ) **قوله:** مناط مسائل الاعتبار، أقول في شرح "الأثمار" لابن بهران مسائل الاعتبار هي بيع جنس ربوي بجنسه متفاضلاً إذا كان أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من غير جنسه فيصح ذلك عند العترة[2]، والحنفية [3] اعتباراً لمقابله كل جنس الجنس المخالف له، لعموم ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [4] ولأن الشيء إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة إذ الأغلب على عقود المسلمين الصحة، وقد أمكن ذلك في مسائل الاعتبار كما تقدم، فلزم القول بصحتها. انتهى.

قلت: وفي "نهاية المجتهد"[5] أنه قال مالك والليث[6] بعدم جواز ما ذكر من مسائل الاعتبار، قال وسبب الاختلاف هل ما يقابل به الغرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع[7]؟ فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك إلا أنه إذا لم يكن الغرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة، مثاله أن يباع كيلين من تمر بكيل وثوب، فقد يجب أن يكون قيمة الثوب تساوي الكيل، وإلا وقع التفاضل ضرورة، وأبو حنيفة اكتفى بأن يرضى به المتبايعان.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ١٧٧) . (٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٨) .

(٣) " بدائع الصنائع " (٥ / ١٩٥) " شرح فتح القدير " (٧ / ١٣٥) .

(٤) [سورة البقرة : ٢٧٥] .

(٥) (٣ / ٣٧٦) بتحقيقي . (٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤ / ٦٣) .

(٧) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦١٠) والعجب ممن يزعم من أهل الإنصاف كالمقبلي أنها إذا طابت أنفس المتعاملين لذلك ورضيا به كان من البيع المأذون فيه ، فإن هذه غفلة عظيمة للعلم ، لأن الله سبحانه لم يجعل للتراضي فيما هو ربا أو وسيلة إلى الربا حكما يحلل هذا الحرام البحت والكبيرة العظيمة .

من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، قالا: " لا تباع حتى تفصل " هذه رواية مسلم(1) وأبي داود(2) والترمذي(3)، وقال حسن صحيح، وفي رواية لأبي داود(4) لا حتى تميز بينه وبينه، فقال: إنما أردت الحجارة، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " لا حتى تميز بينهما فرده حتى ميز بينهما " وعند النسائي(5): " أفصل بعضها من بعض ثم بعها " .

قلت: لأنه(أ) وجد فيها ذهباً (6) أكثر مما شراها به فلم يكن المنفرد غالباً، وقد

قلت: يلزم لو تراضيا بالربا فالأصوب مع المانع أي لما قاله أبو حنيفة لا لمسائل الاعتبار مطلقاً، بل الصورة التي مثلها صاحب "النهاية "(7)صحيحة كما أشرنا بأنه قد جنح المنار إليها، فإن المراد أنه جنح إلى تصحيح الصورة التي يكون الغرض فيها مساوياً، ومنع ما تراضى به المتبايعان.

(أ) **قوله:** لأنه وجد فيها ذهباً أكثر مما شراها، أقول: كما صرح به الحديث، وما قاله الشارح أولى

---

(1) في صحيحه رقم (90 / 1591) . (2) في " السنن " رقم (3352) .

(3) في " السنن " رقم (1255) .

قلت : وأخرجه النسائي في " السنن " رقم (4573) والطحاوي في " مشكل الآثار " رقم (6094) وابن قانع في " معجم الصحابة " (2 / 323) والطبراني في " الكبير " (ج 18 رقم 774) والبيهقي في " السنن الكبرى " (5 / 293) وهو حديث صحيح .

(4) في " السنن " رقم 3351) وهو حديث صحيح .

(5) في " السنن " رقم (4574) وهو حديث صحيح .

(6) وأما تأويل حديث القلادة هذا بأنه وجد فيها ذهباً أكثر من شرائها به فلم يكن المنفرد غالباً كما فعل الجلال في شرحه لهذا الكتاب ، فتأويل زائف ، وقد ذهب إلى العمل بحديث القلادة كثير من السلف الصالح ، وإليه ذهب مالك والليث وأحمد وإسحاق وغيرهم وهو الحق الذي لا شك فيه ولا شبهة " . " السيل الجرار" (2 / 610 – 611) . انظر : " المغني " لابن قدامة (6 / 92 – 93) " البيان " للعمراني (5 / 177) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (3 / 280 – 281) .

(7) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (3 / 376) .

اشترطنا غلبته جمعاً بين الحديثين وبين أحل الله البيع (**ولا يلـزم**) التغليب المذكور (**أن صحبهما**) الغير جميعاً أي كليهما لأن الغير في كل منهما يقابل غير جنسه فيذهب الربا (**ولا**) يلزم (**حضور المصاحب**) وهو الدرهم في المثال السابق إذا حصلت الزيـادة في المنفرد عنه (**ولا**) حضور[أ] (**المصاحبين**) خلافاً للشافعي محتجاً بأن المصاحب إذا

من كلام صاحب "الأثمار " فإنه قال قلنا يحمل على أن الذهب المنفرد لم يكن غالباً جمعاً بين الأدلـة، لأن ظاهره أنه لم ينقل أن المنفرد غالب والحديث مصرح بأنه كان الذهب أكثر من الذهب الـذي شراها به.

وقول الشارح جمعاً بين الأحاديث وبين (أحل الله البيع) لا يخفى أنه لا منافاة بين الآية وتحريم مـا حرم في البيوع من الربا لأن المراد بالبيع الذي أحله الله هو ما لم يأت فيه نهي، وما نهى عنه ليس ممـا أحل الله تعالى بيعه، وقد سبق عن شرح "الأثمار" مثل هذا الذي أتى به الشارح، وفيه مـا في هـذا، واعلم أنه زاد في الأثمار لفظ غالباً، قال شارحه: احتراز من أن يقصد بهـذه الجريـرة الوسـيلة إلى التفاضل المحرم، فإن قصد ذلك فسد البيع ويكون ربا منهياً عنه، وللمنار بحث هنا إلا أنـه طولـه فاكتفينا بالإشارة إليه.

(أ) **قولـه:** ولا حضور المصاحبين خلافاً للشافعي، أقول الشافعي لا يقول بمسـائل الاعتبـار، وهـذا الخلاف فرع القول بها كما لا يخفى، وزاد ابن بهران في شرح "الأثمار" أنه لا يلزم أيضـاً حضـور المصاحبين من الجنسين، كما لا يلزم حضور ما صحبهما.

قلت: ولا يخفى أنه يدخل في النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ولا يصح.

وقال المصنف في "البحر"[1] وتحريم بيع النسيئة بنسيئة كبعني ثوباً في ذمتك صفته كذا إلى شهر كذا بدينار في ذمتي، لنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ، وحديث النهي عن بيع

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤ – ٣٥).

[٤٩٦/٣] غاب كان التقابل بين الجنسين المتفاضلين فيحصل الربا بخلاف ما إذا حضر فإنه يقابل الزيادة فلا يتفاضلان.

وأجاب المصنف بأن المصاحب إذا انطوى عليه العقد لم يتعين الجنسان المتفاضلان للتقابل، غاية الأمر احتمال ذلك، وما احتمل وجه صحة ووجه فساد وجب الحمل على الصحة، هذا كلامه، لكنه خلاف ما قرره في الأصول من ترجيح[أ] الحظر عند الاحتمال،

الكالئ بالكالئ أخرجه الطبراني في "الكبير"[1] إلا أنه قال الحافظ ابن حجر[2]: أنه من طريق موسى بن عبيدة الربذي [3]وهو ضعيف، ورواه أيضاً الحاكم [4]والدارقطني [5]من حديثه، قال الحافظ ابن حجر [2] والكالئ مهموز، قال الحاكم [6]عن أبي الوليد حسان هو بيع النسيئة بالنسيئة، وروى البيهقي [7]عن نافع أنه بيع الدين بالدين، ويؤيده نقل أحمد[8] الإجماع، وقد رواه الشافعي[9] بلفظ نهى عن بيع الدين بالدين، انتهى باختصار [٤٩٦/٣].

(أ) **قوله:** ترجيح الحضر عند الاحتمالين، أقول: لا حضر هنا فإنه على تقدير وقوعه على وجه الفساد يجوز الدخول فيه، ولكنه قال في "المنار"[10]من تعارض الأصل، والظاهر فإن الأصل عدم

---

(١) في " المعجم الكبير " (ج ٤ رقم ٤٣٧٥) .

(٢) في " التلخيص " (٣ / ٦٢) .

(٣) انظر ترجمته في " التقريب " (٢ / ٢٨٦) .

(٤) في " المستدرك " (٢ / ٥٧) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي وهو ليس كما قالا ، والذي يبدو أنهما صححاه على أن روايه هو " موسى بن عقبة " الحافظ الكبير وليس كذلك ، بل هو " موسى بن عبيدة الربذي " . الضعيف المتروك .

وقد ضعف الألباني الحديث في " الإرواء " (٥ / ٢٢٠ رقم ١٣٨٢) .

(٥) في " السنن " (٣ / ٧٢ رقم ٢٧٠) وهو حديث ضعيف .

(٦) نقله أبو عبيد في " غريب الحديث " (١ / ٢٠) وانظر " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٥٥٦) .

(٧) في " السنن " (٥ / ٢٨٥) .

(٨) " المغني " لابن قدامة (٦ / ١١٢ – ١١٣) .

(٩) في " الأم " (٤ / ١٧ رقم ١٤٤٦) .

(١٠) (٢ / ٥٤) .

وإنما يتجه كلامه هنا على القول بترجيح الإباحة كما هو الحق على أنه لو صح هذا لما احتجنا إلى تغليب المنفرد، لأنا[أ] نحكم بأن المنفرد في مقابلة المجموع والمجموع من حيث هو مجموع ليس بموافق في الجنس وإن أمكن أن يوافق في التقدير، وعدم موافقته الجنس كاف في جواز التفاضل.

وقوله: (***غالباً***) احتراز مما لو كان المصاحب ومقابله مما لا يجوز فيه النساء، بأن يتفقا في التقدير نحو صاع ونصف من بر بصاع بر وصاع شعير، فإن صاع الشعير وما قابله من نصف صاع البر لا يجوز النساء بينهما، وإن جاز التفاضل، ثم لا يخفاك أن قوله فإن صحب أحد المثلين إلى آخره، إنما يتم في ربا الحضور، لا في ربا النسيئة، فإنه لو غلب المنفرد لما انتفى الربا في النساء كما في المثال المذكور لأن المتفقين في واحد من الجنس والتقدير لا يجوز النساء بينهما سواء كان مع أحدهما زيادة من غيره أولا، وسواء غلب المنفرد أو لا، وسواء تفاضلا أو لا، على ما يقتضيه [إطلاق] [1] قوله: وفي أحدهما أو لا تقدير لهما، التفاضل لا النساء، إلا أن يقول الزيادة المخالفة في الجنس والتقدير توجب

اجتماع شروط الصحة، فلو حكم بالأصل حكم بالفساد، وإنما زعموا أن الأصل الصحة لأن ظاهر حال الملتزم للشريعة المحافظة على مقتضاها، والصحة من مطالب الشريعة ذكره عند قول "البحر"[2] إنما تردد بين جهتي صحة وفساد يحمل على الصحة في فصل بيع الشجر.

(أ) **قوله:** لأنا نحكم بالمنفرد في مقابلة المجموع، أقول: الأولى لأنه يحتمل وجه الصحة ووجه الفساد، وما احتمل وجه صحة وفساد وجب حمله على الصحة، ثم يعلله بأن مقابلة المجموع بالمجموع وجه صحة [والحمد لله كثيراً][1] .

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤ – ٣٥) .

اختلاف العوضين فيهما كما أشرنا إليه سابقاً جاز التفاضل بها والنساء معها فلا تحتاج إلى تغليب المنفرد أيضاً.

(فصل)

([و] **يحرم**[أ] ***بيع الرطب***) يعني المنفصل من النخلة ليبقى[ب] لذكر المزابنة فيما سيأتي فائدة (***بالتمر***) اليابس خلافاً لأبي حنيفة محتجاً بأن الرطب تمر، والغرض حصول التساوي حال العقد في الكيل مع الحضور، وقد ثبت حديث[1] "التمر بالتمر مثلاً بمثل يداً بيد" ، قلنا: منعه حديث سعد بن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

(أ) **قوله:** ويحرم بيع الرطب بالتمر، أقول: زاد في "الأثمار" ولا يصح، قال شارحه: لأن مجرد التحريم كما في "الأزهار" لا يفيد نفي الصحة.

قلت: وأحسن من الكل عبارة التذكرة حيث قال: فصل نهي عن المزابنة وعن.. وعن إلى آخره، فجاء بعبارة توافق لفظ الحديث واستوفى المناهي أكثر مما هنا.

(ب) **قوله:** ليبقى لذكر المزابنة فيما يأتي فائدة، أقول: قد نبه على ذلك الأثمار، فقال: ومنه المزابنة، فجعلها قسماً من بيع التمر لا قسيماً له كما توهمه عبارة " الأزهار " .

---

(1) من حديث عبادة بن الصامت وهو حديث صحيح وقد تقدم .

سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: " أينقص[أ] الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذن "ويروى" فنهى عن ذلك "أخرجه مالك[1] والشافعي[2] وأحمد[3] وأصحاب [4]السنن وابن خزيمة[5] وابن حبان [6]والحاكم [7]والدارقطني [8]والبيهقي [9]والبزار [10].

(أ) **قولـه:** أينقص الرطب إذا جف، أقول: لم يرد صلى الله عليه وآله وسلم الاستفهام على حقيقتـــه، فإن مثل ذلك لا يخفى، وإنما قصد التنبيه على علة المنع، قاله في شرح "الأثمار" وقد سبقه إليه غيره، ففي حواشي "تلخيص الحبير" أنه أعل بعضهم الحديث بأنه تضمن ما لا يمكن نسبته إلى رســـول الله صلى الله عليه وآله وسلم من الاستفهام عما لا يخفى ورد بأنه ليس استفهاماً على حقيقته، وذكـــر نحواً مما سبق.

---

(١) في " الموطأ " (٢ / ٦٢٤ رقم ٢٢) .

(٢) في " المسند " رقم (٥٥١ – ترتيب) .

(٣) في " المسند " (١ / ١٧٥ ، ١٧٩) .

(٤) أبو داود رقم (٣٣٥٩) والترمذي رقم (١٢٢٥) والنسائي رقم (٤٥٤٦) وابن ماجة رقم (٢٢٦٤) وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٥) لم أقف عليه عند أبي خزيمة . والله أعلم .

(٦) في صحيحه رقم (٤٩٩٧ ، ٥٠٠٣) .

(٧) في " المستدرك " (٢ / ٣٨) .

(٨) في " السنن " (٣ / ٤٩ رقم ٢٠٤ ، ٢٠٥) .

(٩) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٩٤) .

(١٠) في " مسنده " (٤ / ٦٦ رقم ١٢٣٣ كشف) .

قالوا: أعله جماعة منهم الطحاوي[1] والطبراني[2] وابن حزم[3] وعبد الحق[4] كلهم أعله بجهالة[أ] حال زيد وابن عياش[5] ومداره عليه، قلنا: وثقه الدارقطني[6] واعتمده مالك مع شدة نقده، وقال المنذري[7]: قد روى عنه ثقتان.

(أ) **قولـه:** بجهالة حال زيد وابن عياش، أقول: هكذا في نسخة الشارح، والذي في كتب الرجال أنه زيد أبو عياش بن الصامت وأبو عياش بالمثناة التحتية، وآخره معجمه كنيته لا اسم أبيه وأبوه اسمه الصامت كما في "التقريب"[8] زيد أبو عياش بن الصامت تابعي وفيه أبو عياش آخر صحابي، قيل اسمه زيد بن الصامت أيضاً، وقيل ابن النعمان وقيل عبدالله بن معاوية، وقد وهم الطحاوي فظن أن المذكور في هذا الحديث هو الصحابي، هذا وقد أفرد الشارح الضمائر الأربعة الآتية العائدة إلى زيد بن عياش على تقدير عدم حرف العطف، فكأنه سبق قلم من غيره، وإن كان ذلك في نسخته التي جرى عليها قلمه فالسهو لا يخلو عنه البشر، وقد وجدت في نسخ من الضوء زيد أبي عياش على الصواب، والنسخة التي تكلمنا عليها هي التي عليها خط الشارح.

---

(١) في " شرح معاني الآثار " (٤ / ٦) .

(٢) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢١) .

(٣) في " المحلى " (٨ / ٤٦٦) .

(٤) في " الإحكام " (٧ / ١٥٣) .

(٥) قال الحافظ في " التقريب " (١ / ٢٧٦) صدوق .

(٦) قال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٢) والجواب أن الدارقطني قال : إنه ثقة ثبت .

(٧) في " مختصر السنن " (٥ / ٣٣) .

(٨) (١ / ٢٧٦) .

قلت: هما عبدالله بن يزيد وعمران بن أبي أنس وهما من رجال مسلم، ولذلك صححه[أ] الترمذي [1]والحاكم[2]، قالوا: وقع عند الطحاوي[3] والحاكم[4] وأبي داود [5] الرطب بالتمر نسيئة -بزيادة نسيئة- ولا نزاع في ذلك.

قلنا: زيادة تفرد بها يحيى وخالفه مالك وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وأسامة بن زيد وعثمان بن أبي أويس فرووه بدون الزيادة (***والعنب بالزبيب***) قياساً[ب]

(أ) **قوله:** وصححه الترمذي والحاكم، أقول: وقال الحاكم ولا أعلم أحداً طعن فيه وكأنه ما عرف ما قيل من جهالة بعض [6]رواته.

(ب) **قوله:** قياساً على الرطب، أقول: قال ابن حزم [7]أنه لا يحل أن يباع العنب بالزبيب كيلاً ولا الزرع بالحنطة كيلاً، ثم ساق من طريق بسنده إلى ابن عمر قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، أو بيع العنب بالزبيب كيلاً، وعن كل ثمر بخرصه" قال وروى -أي: مسلم [8]من طريق ابن أبي شيبة وساق بسنده إلى ابن عمر مثله وفيه: وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام، انتهى. وبه تعرف أن اللفظ الذي أتى به الشارح وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً هو بعض هذا الحديث الذي عن ابن عمر، وبعد ثبوت النهي كيف يقاس على الرطب في العريَّة؟ فإنه قياس مصادم للنص الذي أتى به الشارح ونص على العلة، حتى يقال يخص النهي بالقياس، ولذا قال ابن حزم [9]لا تجوز العرايا المذكورة في شيء من الثمار غير ثمار النخل.

---

(1) في " السنن " (٣ / ٥٢٨) .
(2) في " المستدرك " (٢ / ٣٨) .

(3) في " شرح معاني الآثار " (٤ / ٦) .
(4) في " المستدرك " (٢ / ٣٨) .

(5) في " السنن " رقم (٣٣٦٠) صحيح دون ذكر النسيئة فهي شاذة .

(6) تقدم توضيحه ، وهو حديث صحيح .

(7) في " المحلى " (٨ / ٤٦٦ – ٤٦٧) .

(8) في صحيحه رقم (٧٣ / ١٥٤٢) .

(9) في " المحلى " (٨ / ٤٦٧) .

على الرطب بالتمر (**ونحوهما**) حب أخضر أو مبلول بيابس، وكل ما لم يساوِ مقابله إلا بممازج لا قيمة له .

(**و**) تحرم (**المزابنة**)[أ] وهي بيع التمر على رؤوس النخل كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً متفق عليه[1] من حديث ابن عمر، إلا أن الشافعي قال تفسير المزابنة والمحاقلة في الأحاديث تحتمل أن يكون عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم منصوصاً، ويحتمل أن يكون من قول من رواه، فإن كان من النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذاك، وإلا فالراوي أعرف بتفسير ما روى.

وأما الأحاديث في النهي عنها فَجَمَّةٌ في الصحيحين وغيرهما [٤٩٧/٣] من حديث أبي سعيد[2]: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المزابنة والمحاقلة " والمزابنة اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل، والمحاقلة كرا الأرض، زاد في "الموطأ" [3]بالحنطة .

(أ) **قال:** والمزابنة، أقول: في "النهاية"[4] من الزبن وهو الدفع، وقد تكرر في الحديث ذكر المزابنة وهي بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر، وأصله أن كل واحد من المتبايعين يزبن صاحبه ثمن حقه بما يزداد منه، وإنما نهى عنها لما يقع فيها من الغبن [5]والجهالة، وأما تعرض الشارح للمحاقلة والمخابرة وتفسيرهما فتقديم لما يأتي في باب المزارعة [٤٩٧/٣].

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٥) ومسلم رقم (٧٢ / ١٥٤٢) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١٤٤) ومسلم رقم (٣ / ٥١٢) وأحمد (٣ / ٩٥) .

(٣) (٢ / ٦٢٥ رقم ٢٤) .

(٤) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٧١٧) .

(٥) قال الحافظ في " الفتح " (٤ / ٣٨٤) وهذا أصل المزابنة ، وألحق الجمهور بذلك كل بيع مجهول بمجهول أو بمعلوم من جنس يجرى فيه الربا .

انظر : " المجموع شرح المهذب " (١٠ / ٣٠٥ – ٣٠٦) " المغني " (٦ / ٦٨) " شرح فتح القدير " (٧ / ٣٠) .

ومن حديث ابن عمر[1]: " أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزابنة" والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً، وفي لفظ[2]: " وإن كان كرماً أن تبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعاماً " .

ومن حديث جابر[3] رضي الله عنه: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المخابرة والمحاقلة وعن بيع التمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا يباع إلا بالدينار والدراهم إلا العرايا " قال عطاء[4]: فسر لنا جابر رضي الله عنه فقال: "أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر"، وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً، والمحاقلة في الزرع بيع الزرع القائم بالحب كيلاً، وفي لفظ المخابرة الربع والثلث وأشباه ذلك .

وقال زيد بن أبي أنيسة: قلت لعطاء: أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ قال: نعم .

هذه روايات البخاري ومسلم، وبه يندفع ما توهمه الشافعي [5]رضي الله عنه . . .

. . . .

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٥) ومسلم رقم (٧٢ / ١٥٤٢) وأبو داود رقم (٣٣٦١) والنسائي (٧ / ٢٦٦) وابن ماجة رقم (٢٢٦٥) وأحمد (٢ / ٥) وقد تقدم .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢٣٨١) ومسلم رقم (٨٥ / ١٥٣٦) وأحمد (٣ / ٣٩٢) .

(٤) أخرجه البخاري رقم (٢١٩٦) ومسلم رقم (٨٣ / ١٥٣٦) .

(٥) في " الأم " (٤ / ١٣٢ رقم ١٥٢٧) .

عدم رفع تفسير هذه الألفاظ، وعند مسلم[1] والنسائي [2]في مراسـيل ابـن المسـيب، والمحاقلة اشتراء الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح، وعند أبي داود[3] والنسـائي[4] والترمذي [5]وصححه: والمخابرة بيع الكدس[أ] بكذا وكذا صاعاً .

وفي الباب عن أنس [6]وعن ابن عباس[7] عند البخاري ورافع بن خديج عند النسائي [8]وأبي هريرة[9] عند مسلم والترمذي والنسائي .

والمزابنة تحرم (**إلا العرايا**)[ب] لحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم " نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنـه رخـص في العريـة أن تبـاع بخرصـها تمـراً يأكلـها رطبـاً، الشافعي[10]وأحمد[11]

(أ) **قوله:** الكدس، أقول: هو بالضم وكرمان الحب المحصود المجموع على ما في "القاموس"[12].

(ب) **قوله:** العرايا، أقول: في "النهاية"[13] تكرر ذكر العرايا والعرية في الحديث واختلف في تفسيرها، فقيل: إنه لما نهى عن المزابنة وهو بيع التمر في رؤوس النخل رخص من جملة المزابنة في العرايا، وهو

---

(١) في " صحيحه " رقم (٥٩ / ١٥٣٩) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٨٩٢ ، ٣٨٩٣) .

(٣) في " السنن " رقم (٣٤٠٥) .

(٤) النسائي في " السنن " رقم (٣٨٨٠ ، ٤٥٥٠) .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٩٠) .

(٦) أخرجه البخاري رقم (٢٢٠٧) .

(٧) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٧) .

(٨) في " السنن " رقم (٣٨٨٦ ، ٣٨٨٧) .

(٩) في صحيحه رقم (١٥٤٥) .

(١٠) في " الأم " (٤ / ١١٤) .

(١١) في " المسند " (٤ / ٢) .

(١٢) " القاموس المحيط " (ص ٧٣٤) .

(١٣) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ١٩٦) .

والشيخان[1] وغيرهم من حديث سهل بن أبي حثمة وهو عند الشافعي [2][رضي الله عنه][3] والشيخين[4] من حديث أبي هريرة [رضي الله عنه] [3]" أرخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في بيع العرايا فيما دون[أ] خمسة أوسق " واتفقا عليه من حديث

أن من لا نخل له من ذوي الحاجة يدرك الرطب ولا نقد بيده يشتري به الرطب لعياله وذكر مثل ما هنا ثم قال: والعرية فعيلة بمعنى مفعولا من عراه يعروه إذا قصده.

ويحتمل أن تكون فعلية بمعنى فاعله من عرى يعري إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم فعريت أي خرجت.

(أ) **قوله:** دون خمسة أوسق، أقول: ومثله في "النهاية"[5]، وكان على المصنف رحمه الله التقييد بذلك، وأهمله هو وحفيده في الأثمار، ولا أدري ما وجه إهمال ذلك، مع أن الحديث قيد به وهو دليل أصل المسألة، وقد قيد به في "التذكرة"[6] حيث قال: العرايا شراء رطب على النخل بخرصه تمراً في ما دون نصاب للفقير، هذا لفظه وزاد فيه للفقير، والقيدان أيضاً في "شرح الفتح"[6]، وكأنه أخذ قيد الفقير من قوله في الحديث: إنه يأتي الرطب ولا نقد بأيديهم، إلا أنه لا يفيد ذلك لجواز الغنى بغير النقد، ولا خلاف عند مالك [7]والشافعي[8] في جوازها فيما دون الخمسة أوسق، واختلفا فيما إذا كانت خمسة أوسق فلمالك روايتان.

---

(١) البخاري رقم (٢١٩١) ومسلم رقم (٧٠ / ١٥٤٠) .

(٢) انظر : " معرفة السنن والآثار " (٨ / ١٠ رقم ١١٢٧٢) .

(٣) زيادة من نسخة اخرى .

(٤) البخاري رقم (٢١٩٠) ومسلم رقم (٧١ / ١٥٤١) .

(٥) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ١٩٦) .

(٦) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٣٠ – ٢٣١) .

(٧) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣١٩) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ١١٣) .

(٨) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٥٣ – ٣٥٤) .

جابر [1] بلفظ: " نهى عن المزابنة " وهي بيع التمر بالتمر، إلا أنه رخص في العرية، قال الشافعي[2] العرايا فيما ذكره محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه؟ قال: شكى رجال من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس، وعندهم فضول قوت من تمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر، وأنكر محمد بن داود الظاهري على الشافعي هذا الحديث لأنه لا أصل له من حديثه بهذا السياق، وإن كان عند الجماعة بلفظ: " رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها "، وقال ابن حزم [3]لم يذكر الشافعي له إسناداً فبطل، وتصلف ابن سريج فرد على محمد بن داود بما لا يجدي من كلام أهل السير كما ذكره الماوردي.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٨٩) ومسلم رقم (١٥٣٦).

(٢) في " الأم " (١٠ / ٢٦٩ رقم ٣١٦ – مختلف الحديث) .

(٣) في " المحلى " (٨ / ٤٦٣) .

قلت : وأورده ابن قدامة في كتابه " الكافي " (٢ / ٦٤) وقال متفق عليه ، وتعقبه ابن عبد الهادي في " التنقيح " (٢ / ٥٤٣) حيث قال : " كذا قال : قلت : وهو وهم ، فإن هذا الحديث لم يخرج في الصحيحين ، ولا في السنن ، وليس لمحمود وبن لبيد رواية عن زيد في شيء من الكتب الستة .

قال شيخنا الحافظ : بل وليس هذا الحديث في مسند أحمد ، ولا في "السنن الكبرى " للبيهقي ، وقد فتشت عليه في كتب كثيرة فلم أرله سنداً .

وقد ذكره الشافعي في كتاب البيوع في باب بيع العرايا ، بلا إسناد وأنكر عليه أبو داود الظاهري ، ورد عليه ابن شريح في إنكاره والله أعلم .

(*و*) يحرم (***تلقي الجلوبة***)[أ] لتشترى قبل أن تدخل الأسواق لحديث أبي هريرة[1] [رضي الله عنه][2] عند الجماعة: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يتلقى الجلب، فمن تلقى فاشتراه منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار " إلا أن ابن أبي حاتم[3] حكى في العلل عن أبيه أنه أومأ إلى أن زيادة[ب] الخيار في الحديث مدرجة، وفي

(أ) قوله: تلقي الجلوبة، أقول: قال المصنف في الغيث حرم تلقي الجلوبة لأمرين:

أحدهما: أن المتلقي يخدعهم.

والثاني: أن الضعيف من أهل المصر لا يمكنه التلقي.

قلت: لكنه يصح البيع لأنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل للبايع خياراً في رده وإمضائه، والخيار فرع الصحة.

(ب) قوله: إلى أن زيادة الخيار مدرجة، أقول: ساقها ابن الأثير في الجامع[4] من حديث مسلم، وساقها ابن حزم[5] عن روايات جماعة مرفوعة وقال بها، ونقل عن الشافعي[5] إيجاب الخيار للبايع، قال ابن دقيق العيد[6]: حيث لا غرور للركبان بحيث يكونون عالمين بالسعر فلا خيار، وإن لم يكونوا كذلك فإن اشترى منهم بأرخص من السعر فلهم الخيار، وإن اشترى منهم بمثل سعر البلد أو أكثر ففي ثبوت الخيار لهم وجهان للشافعية[7]، منهم من نظر إلى انتفاء المعنى وهو الغرور والضرر فلم يثبت الخيار، ومنهم من نظر إلى لفظ حديث ورد بإثبات الخيار لهم، فجرى على ظاهره ولم يلتفت إلى المعنى، ومثل تلقي الجلوبة البيع من المسترسل وهو الذي لا يماكس فإنه يثبت له الخيار، في

---

(1) أخرجه أحمد (٢ / ٤٠٣) ومسلم رقم (١٧ / ١٥١٩) وأبو داود رقم (٣٤٣٧) والترمذي رقم (١٢٢١) والنسائي رقم (٤٥٠١) وابن ماجه رقم (٢١٧٨) وهو حديث صحيح .

(2) زيادة من نسخة أخرى .

(3) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٢) .

(4) في " جامع الأصول " (١ / ٥٣٢ رقم ٣٥٦) .

(5) انظر : " روضة الطالبين " (٣ / ٤١٣) " المجموع شرح المهذب " (١٢ / ١٠١) .

(6) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٩٠) .

(7) " الحاوي الكبير " (٥ / ٣٤٩) .

مذهب مالك[1] وأحمد[2] وغيرهما، فليس لأهل السوق أن يبيعوا إلى المماكس بسعر ويبيعوا من المسترسل أو من هو جاهل بأكثر من ذلك السعر، بل هذا مما ينكر على الباعة، وجاء في الحديث[3] " غبن المسترسل ربا " ذكر ذلك ابن تيمية[4] في بعض رسائله في الحسبة.

واعلم أن المصنف أهمل ما هو مذكور في حديث النهي عن التلقي، وهو بيع الحاضر للبادي، فإنه في حديث ابن عباس عند مسلم [5]بلفظ: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد " وعقد له ابن حزم [6]مسألة بلفظ ولا يجوز أن يتولى البيع ساكن مصر أو قرية أو مجسر لجصاص لا في البدو ولا في شيء مما تجلبه الجصاص إلى الأسواق والمدن والقرى أصلاً ولا أن يبتاع له شيئاً لا في مصر ولا في بدو الجصاص، فإن فعل فسخ البيع والشراء أبداً، وحكم فيه بحكم الغصب، ولا خيار لأحد في إمضائه، لكن يدعه يبيع لنفسه أو يشتري أو يبتع له جصاص مثله أو يشتري له كذلك، لكن يلزم الساكن في المدينة والقرية أو المجسر أن ينصح الجصاص في شرائه وبيعه، ويدله على السوق ويعرفه بالأسعار ويعينه على رفع

---

(١) " بداية المجتهد " (٣ / ٣١٩) .

(٢) " المغني " (٦ / ٣١٣) .

(٣) أخرجه البيهقي عن أنس . وقال الذهبي : المتهم بوضعه يعيش ابن هشام الفرقاني رواية عن مالك ، عن الزهري عن أنس وجابر وعلي .

ذكر الألباني في الأحاديث الضعيفة رقم (٨٦٦) وقال : حديث باطل ضعفه البيهقي جداً وعلته يعيش وضعفه ابن عساكر كما في " الميزان " ، وكذا الدارقطني فإنه قال بعد أن أورد له في غرائب مالك : هذا الحديث باطل الإسناد ومن دون مالك ضعفاء ... " .

(٤) " الحسبة في الإسلام " (ص ٢٢) .

(٥) في صحيحه رقم (١٩ / ١٥٢١) .

قلت : وأخرجه أحمد (١ / ٣٦٨) والبخاري رقم (٢١٥٨) وأبو داود رقم (٣٤٣٩) والنسائي رقم (٤٥٠٠) وابن ماجه رقم (٢١٧٧) .

(٦) في " المحلى " (٨ / ٤٥٣ المسألة رقم ١٤٦٩) .

. . . .

سلعته إن لم يرد بيعها ورفع ما يشتري، ثم قال برهان ذلك وذكر سنده من طريق مسلم [1] من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وآله وسلم: " أنه نهى أن يبيع حاضر لباد " ومن طريق مسلم عن أنس [2] مرفوعاً مثله، وزاد [3] فيه: " وإن كان أخاه أو أباه"، ومن طريق مسلم عن ابن عباس [4] الحديث الذي ذكرناه أولاً .

ومن طريق مسلم من حديث جابر [5] قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يبع حاضر لباد دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض " ومن طريق مسلم عن عمر: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع حاضر لباد " ثم [6] قال: فهما نقل خمسة من الصحابة بالطريق الثابتة، وأخرج عن أنس بن مالك أنه كان يقول: " لا يبع حاضر لباد " وهي كلمة جامعة لا يبع له شيئاً، ولا يبتع له شيئاً، وقال [7] مالك: لا بأس أن يشتري الحاضر للبادي إنما منع من البيع له فقط.

قلت: وهو أرجح لأن المناهي وردت في البيع فقط، وأما قول أنس: إنها كلمة جامعة تشمل النهي عن البيع والشراء فاجتهاد منه، مع أنها لا تحمل الكلمة المشتركة على الضدين من معنييها، ويجوز الشراء دون البيع، قال الحسن ومالك وغيرهما قيل الربيع بن خيثم ثم قال ابن حزم [8]: وإنما قلنا

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢١٦١) ومسلم رقم (٢١ / ١٥٢٣) .

(٣) أخرجه أبو داود رقم (٣٤٤٠) والنسائي رقم (٤٤٩٢) .

وهو حديث صحيح .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

(٥) أخرجه أحمد (٣ / ٣٠٧) ومسلم رقم (٢٠ / ١٥٢٢) وأبو داود رقم (٣٤٤٢) والترمذي رقم (١٢٢٣) والنسائي رقم (٤٤٩٥) وابن ماجه رقم (٢١٧٦) .

(٦) " المحلى " (٨ / ٤٥٤) .

(٧) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٢٠ – ٣٢١) " الكافي " لابن عبد البر (٢ / ٧٣٨ ، ٧٣٩) .

(٨) في " المحلى " (٨ / ٤٥٥) .

الباب متفق عليه من حديث ابن عمر[1] ومن حديث ابن عباس[2] وعند غيرهما من حديث غيرهما .

(و) يحرم (**احتكار قوت الآدمي والبهيمة**) خلافاً[3] لأبي حنيفة فيما شراه[أ] من غير المصر، وقول للشافعي[4] مطلقاً وإنما يكره، ولزيد في غير الحنطة والشعير، لنا عموم حديث: "من احتكر الطعام أربعين[ب] ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله

يفسخ البيع لأنه منهي عنه، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد "[5] ثم قال: والبادي إنما يقع على أهل الأخبية والحصون والمنتجعين مواقع القطر للرعي فقط، وأما جواز الإشارة عليه وتعريفه بالسعر فهو من باب وجوب النصيحة داخل تحت أدلتها، ونقل عن الشافعي أنه إذا وقع البيع فلا يفسخ.

(أ) **قوله:** فيما شراه من غير المصر، أقول: زاد شارح "الأثمار" أو كان زرعه، فإنه لا احتكار فيه عند الحنفية ، قلت: وهو رد للحديث بغير دليل.

(ب) **قوله:** أربعين ليلة، أقول: لم أجد من اعتبر هذا العدد بل أطلق العلماء الاحتكار في التحريم، وقال الطيبي لم يرد بأربعين يوماً التحديد بل مراده أن يجعل الاحتكار حرفة يقصد بها نفع نفسه وضر غيره، بدليل قوله في الحديث الآخر يريد به الغلاء، انتهى.

قلت: ولا يخفى تكلفه، بل أفاد الحديث الآخر بمفهومه أنه لو احتكر لا لإرادة الغلاء جاز، ولم يفد بطلان قيد الأربعين.

---

(١) أخرجه أحمد (٢ / ٤٠٣) ومسلم رقم (١٧ / ١٥١٩) وأبو داود رقم (٣٤٣٧) والترمذي رقم (١٢٢١) والنسائي رقم (٤٥٠١) وابن ماجه رقم (٢١٧٨)

وهو حديث صحيح .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١٦٣) ومسلم رقم (١٩ / ١٥٢١) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٢٩٣ ، ٦١١) .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٥٥) .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

منه "، أحمد [(١)] والحاكم [(٢)] وابن أبي شيبة[(٣)] والبزار[(٤)] وأبو يعلى[(٥)] من حديث ابن عمر وزاد الحاكم[(٦)]: " وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرئ جايع فقد برئت منهم ذمة الله " وفيه أصبغ بن زيد[(أ)] اختلف فيه لكن وثقه يحيى والنسائي والدارقطني، وأما كثير بن مرة فجهله ابن [٣/٤٩٨] حزم وعرفه غيره، وثقه ابن سعد واحتج به النسائي [(٧)] وروى عنه جماعة، وأخرج ابن الجوزي له في "الموضوعات"[(٨)] مجازفة على عادته ويغني عنه حديث: " لا يحتكر إلاخاطئ " مسلم [(٩)] والترمذي[(١٠)] وغيرهما[(١١)] من حديث معمر بن

(أ) **قولـه:** أصبغ بن زيد، أقول: أوله بعد الهمزة مهملة وآخره معجمة هو عبدالله الواسطي كاتب المصاحف صدوق يغرب، قاله التقريب[(١٢)]، وفيه أيضاً كثير بن مرة الحضرمي الحمصي[(١٣)] ثقة ووهم من عده من الصحابة [٣/٤٩٨].

---

(١) في " مسنده " (٢ / ٣٢) .

(٢) في " المستدرك " (٢ / ١١ – ١٢) وسكت عنه ، وقال الذهبي : عمرو تركوه ، وأصبغ فيه لين .

(٣) في " المصنف " (٦ / ١٠٤) .

(٤) في " المسند " رقم (١٣١١ – كشف) .

(٥) في " المسند " رقم (٥٧٤٦) وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٠) وقال : فيه أبو بشر الأملوكي ضعفه ابن معين .

(٦) في " المستدرك " (٢ / ١١ – ١٢) وهو حديث ضعيف .

(٧) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣٠) .

(٨) (٢ / ٢٤٢) .

وقال الحافظ في " التلخيص " (٣٠٢) ووهم ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات .

(٩) في صحيحه رقم (١٣٠ / ١٦٠٥) .

(١٠) في " السنن " رقم (١٢٦٧) .

(١١) كأحمد (٦ / ٤٠٠) وأبو داود رقم (٣٤٤٧) وابن ماجه رقم (٢١٥٤) والبيهقي (٦ / ٣٠) والحاكم (٢ / ١١) والدارمي (٢ / ٢٤٨) وهو حديث صحيح .

(١٢) (١ / ٨١) .

(١٣) انظر : " التقريب" (٢ / ١٣٣) ثقة من الثانية ووهم من عده من الصحابة .

وقال الذهبي في " الكاشف " (٣ / ٦) ثقة ، وقال النسائي لابأس به .

عبدالله بن نظلة[أ] العدوي، وهو عند الحاكم [1]من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وابن ماجة [2] وإسحاق والدارمي [3]وأبي يعلى [4]والطبراني[5] عن العبادلة مرفوعاً " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " قالوا: قيدتموه بأنه لا يحرم إلا إذا احتكر المرء (***الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغلة***) لما تقدم[ب] في الخمس من ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠

(أ) **قولـه:** ابن نظلة[6]، أقول: بالنون ومعجمة، ومعمر صحابي كبير من مهاجرة الحبشة، واعلم أن الأحاديث كلها في الطعام فإلحاق قوت البهيمة بالقياس كما صرح به شارح الأثمار، قال في "المنار"[7] ولا يتم ذلك لزيادة حرمة الآدمي.

(ب) قولـه: لما تقدم في الخمس، أقول: ولما روى ابن المسيب عن معمر بن أبي معمر حدثني عدي بن كعب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " من احتكر فهو خاطئ " فقيل لسعيد: إنك تحتكر، قال: إن معمرا الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر، أخرجه مسلم [8]وأبو داود[9]، وقال الترمذي[10]: وإنما روى عن سعيد بن المسيب أنه كان يحتكر الزيت والحنطة٠ قال البيهقي[11] بعد روايته وظني بهما أنهما احتكرا على غير الوجه المنهي عنه، انتهى.

= انظر : " تهذيب التهذيب " (٨ / ٣٨٣ – ط دار الفكر ٠

(١) في " المستدرك " (٢ / ١٢) بإسناد ضعيف ٠ (٢) في " السنن " رقم (٢١٥٣) وهو حديث ضعيف ٠

(٣) في " سننه " (٢ / ٢٤٩) ٠

(٤) كما في " نصب الراية (٤ / ٢٦١) ولم أقف عليه في المطبوع من مسند ٠ والله أعلم ٠

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٢٩) وهو حديث ضعيف والله أعلم ٠

(٦) انظر " أسد الغابة في معرفة الصحابة " (رقم : ٦٤٠١) وتجريد أسماء الصحابه (٢ / ٢١٦) ٠

(٧) (٢ / ٢٢) ٠ (٨) في صحيحه رقم (١٣٠ / ١٦٠٥) ٠

(٩) في " السنن " رقم (٣٤٤٧) ٠

(١٠) وأخرجه الترمذي في " السنن " (١٢٦٧) وابن ماجه رقم (٢١٥٤) والبيهقي (٦ / ٣٠) والحاكم (٢ / ١١) والدارمي (٢ / ٢٤٨) وهو حديث صحيح ٠

(١١) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٠) ٠

قلت: واعلم أن ههنا أوهاماً تتابع فيها النظار "البحر "[1]والأزهار والأثمار وشارحه وضوء النهار .

وهو اتفاقهم على ما سمعته في الاحتكار، والذي في "النهاية"[2] احتكر الشيء اشتراه وحبسه ليقل فيغْلُو وفي "القاموس"[3] الحكر بالتحريك ما احتكر أي حبس انتظاراً لغلائه، انتهى. فهذا معناه لغة، وأخرج البيهقي[4] عن أبي هريرة مرفوعاً من احتكر يريد أن يغالي بها على المسلمين فهو خاطئ وقد برئت منه ذمة الله تعالى، وأخرج أيضاً عن معقل بن يسار[6]مرفوعاً من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقذفه في معظم النار يوم القيامة، فتصريحه صلى الله عليه وآله وسلم بالإغلاء مع تضمن معنى الاحتكار له زيادة تأكيد وإيضاح.

فإذا عرفت هذا فلا وجه لقولهم الفاضل عن كفايته، فإن من عنده كفاية عمره مثلاً لا يسمى محتكراً، فلا وجه لذكره، ومن ليس عنده إلا قوت يومه وفي ملكه طعام يحتكره يسمى محتكراً آثما خاطئاً .

الوهم الثاني ذكرهم لما فعله صلى الله عليه وآله وسلم من إعطاء [7]نسائه قوت السنة في هذا الباب خطأ فإنه ليس من الاحتكار حتى يذكر هنا ويحترز عنه، بل هذه مسألة مستقلة ينبغي أن تذكر فيقال: وادخار قوت السنة لا ينافي التوكل بدليل فعله صلى الله عليه وآله وسلم.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٩) .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٤٠٨) .

(٣) " القاموس المحيط " (ص ٤٨٤) .

(٤) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٠) .

(٥) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٠) .

(٦) أخرجه أحمد (٥ / ٢٧) والحاكم (٢ / ١٢ – ١٣) والطيالسي رقم (٢٩٨) والدولابي في " الكنى " (٢ / ١٢٤) والطبراني في " الكبير " (ج ٢٠ رقم ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١) وفي المعجم الأوسط رقم (٨٦٥١) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٠) من طرق .

وهو حديث صحيح الإسناد .

(٧) أخرجه البخاري رقم (٢٣٢٨) ومسلم رقم (٢ / ١٥٥١) وأحمد (٢ / ٢٢ ، ٣٧) وأبو داود رقم (٣٠٠٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

حديث [1]أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يعطي كل واحدة من نسائه مائة وسق من خيبر، فبطل الإطلاق، فيحمل على ما يضر المسلمين فلا يكون النهي الاحتكار، بل للإضرار[أ] وهو معنى قولكم (**مع الحاجة**) بالمسلمين إليه وغنائه عنه وإلا وجب عليه

الثالث: قوله مع الحاجة إليه، لا دخل له في تحريم الاحتكار بل الاحتكار قد عرفت من حقيقته أنه حبس الطعام مثلاً انتظاراً للغلاء سواء احتاج الناس أم لا، وإنما هذه مسألة أخرى وهي احتياج الناس إلى الطعام وعند رجل سعة في الطعام فإنه يتعين عليه مواساقم من باب سد الرمق وإنقاذ الغريق، ولو بالقيمة، فيجب عليه بذله لا لأجل الاحتكار بل بسبب آخر سواء كان محتكراً أم لا.

فعرفت بهذا تخليط البحث هنا، فإن الفصل معقود ببيان ما يحرم والنص ورد بتحريم الاحتكار فضموا إليه قيوداً أجنبية عن مسماة لغة، والشارح ساعدهم، وقال: إنما حرم لأجل الإضرار، نعم إرادة الإضرار علة النهي سواء حصل الإضرار أم لا أنه من مسمى الاحتكار، فلو قال: ويحرم الاحتكار ويمنع من يريد الشراء لأجله لما فيه من الإضرار لكان مفيداً.

فقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى[2] بسنده أن عمر بن الخطاب خرج إلى السوق فرأى ناساً يحتكرون بفضل إذهابهم، فقال عمر: لا ولا نعمة عين يأتينا الله بالرزق حتى إذا نزل سوقنا قام أقوام فاحتكروا وبفضل إذهابهم عن الأرملة والمسكين وإذا خرج الجُلاب باعوا على نحو ما يريدون من التحكم ولكن أيما جالب جلب يحمله على عمود كبده في الشتاء والصيف حتى يترل سوقنا فذلك ضيف لعمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله، انتهى. وهذا وإن كان رأياً من عمر فهو داخل تحت النهي عن الاحتكار، قيل: ويعتبر أيضاً أن يكون متربصاً به الغلاء.

قلت: ويدل له قوله في حديث ابن عمر متربصاً به الغلاء فيكون دليلاً على جواز احتكار ما يحتاجه لنفسه وإن كان لا يسمى احتكاراً.

(أ) قوله: للإضرار، أقول: سلمنا فلا ينفعهم في التفرقة بين ما شراه في المصر وغيره، لأن النهي عائد إلى الإضرار بالاحتكار لا بمحل الشراء من السواد والأمصار.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٠) وأخرجه مالك في " الموطأ " (٢ / ٦٥١ رقم ٥٦) .

تقديم خاصة نفسه لحديث: " ابدأ بنفسك "[1] تقدم في النفقات، ولا حاجة إلى قوله: (**وعدمه إلا مع مثله**) لأن الحاجة لا تكون إلا مع عدمه إلا مع مثله، وإذا تكاملت شروط تحريم الاحتكار (***فيكلف البيع***) لأن الاحتكار حينئذ منكر، وفيه نظر فإن المنكر هو ما كان دليله قطعياً بحيث لا خلاف فيه، وأما مثل هذا فقد عرفت خلاف الأئمة فيه (**لا**) أنه يكلف (***التسعير***)[أ] له بسعر يوافق غرض المسلمين

(أ) **قوله:** لا التسعير في القولين، أقول: ههنا فوائد يحسن تقيدها مستفادة من رسالة لابن تيمية[2]، فاعلم أن التسعير منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه هو عدل جايز فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم ما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جائز إن لم يكن واجباً.

فأما الأول فمثل ما روى أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا: " يا رسول الله لو سعرت فقال: إن الله هو القابض الباسط المسعر " الحديث رواه أبو داود والترمذي وصححه .

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء أو لكثرة الخلق، فهذا إلى الله فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع اضطرار الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلزموا ما ألزمهم الله به، وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد ألزموا أن لا يبيع الطعام أو غيره إلا ناس معروفون أو لاتباع تلك السلع إلا لهم ثم يبعونها هم، فلو باع غيرهم ذلك منع أما ظلماً لو ضيعه تؤخذ من البايع أو غير ظلم لما في ذلك من الفساد .

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) " الحسبة في الإسلام " (ص ٤٦ – ٤٧) .

فهذا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل [ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل][1] بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء، لأنه إذا كان قد منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما اختاروا أو يشتروا بما اختاروا كان ذلك ظلماً للخلق من وجهين ظلماً للمشتري وهضما للبايعين في سلعهم وهو أعظم عدواناً من تلقي السلع ومن بيع الحاضر للبادي، ومن [بيع][1] النجش، والواجب إذا لم يمكن دفع جميع الظلم أن يدفع الممكن منه، فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع، وهو إلزامهم أن لا يبيعوا ولا يشتروا إلا بثمن المثل، وهذا واجب في مواضع كثيرة من الشريعة، فإنه كما أن الإكراه على البيع لا يجوز إلا لحق، ويجوز الإكراه على البيع في مواضع مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب والنفقة الواجبة، ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة ناس مثل حاجة الناس إلى الفلاحة والنساجة والبناية، فإن الناس لا بد لهم من طعام يأكلونه وثياب يلبسونها ومساكن يسكنونها وحاجتهم إلى الطعام أكثر من حاجتهم إلى الثياب.

ولهذا قال غير واحد من الفقهاء من أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهما كأبي حامد الغزالي وأبي الفرج ابن الجوزي وغيرهما إن هذه الصناعات فرض على الكفاية، وأنه لا يتم مصلحة الناس إلا بها كما أن الجهاد فرض على الكفاية إلى أن يتعين فيكون فرضاً على الأعيان مثل أن يقصد العدو بلداً أو يستنفر الإمام أحداً، وطلب العلم الشرعي واجب على الكفاية إلا فيما يتعين مثل طلب كل واحد علم ما أمره الله به وما نهاه عنه، فإن هذا فرض على الأعيان.

وفروض الكفايات معروفة،والمقصود هنا أن الأعمال التي هي فرض على الكفاية متى لم يقم بها غير الإنسان صارت فرض عين لا سيما إن كان غيره عاجزاً عنها،فإن كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجباً عليهم يجبرهم عليه ولي الأمر،إذا امتنعوا عليه بعوض المثل،ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة على عوض المثل،ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم،وهذا من التسعير الواجب،وكذلك إذا احتاج الناس إلى من يصنع لهم آلات الجهاد من سلاح وجنن للحرب وغير ذلك يستعمل بأجرة المثل،فهذا تسعير في الأعمال،وأما في الأموال

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) انظر : " الحسبة في الإسلام " (ص ٣٤ – ٣٥).

. . . .

فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد فعلى أهل الإسلام أن يبيعوه بثمن المثل لا يمكنوا من حبس السلاح حتى يتسلط العدو ويبذل لهم من الأموال ما يختارون، فإذا وجب عليه أن يجاهد بنفسه وماله فكيف لا يجب عليه أن يبيع ما يحتاج إليه في الجهاد بعوض المثل، وكذلك إذا احتاج الناس إلى من يطحن لهم أو يخبز لهم فهذا على وجهين

أحدهما: أن يحتاجوا إلى صناعتهم كالذين يطحنون ويخبزون لأهل البيوت، فهؤلاء يستحقون الأجرة وليس لهم عند الحاجة إليهم أن يطالبوا إلا بأجرة المثل كغيرهم من الصناع.

والثاني: أن يحتاجوا إلى الصنعة والبيع فيحتاجون إلى من يشتري الحنطة ويطحنها، وإلى من يخبزها ويبيعها حين حاجت الناس إلى شراء الخبز من الأسواق، فهؤلاء يلزمون إذا امتنعوا كما تقدم، وإذا دخلوا طوعاً فهو المراد، ثم يسعر على الطائفتين الدقيق والحنطة فلا يبيعوا الدقيق إلا بثمن المثل، ولا الخبز إلا بثمن المثل، بحيث يربحون الربح المعروف من غير إضرار بهم.

واعلم [1]أنه قد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين:

أحدهما: إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأغلا من ذلك السعر فإنه يمنع منه في السوق في مذهب مالك، وهل يمنع من النقصان؟ على قولين لهم، وأما الشافعي وأصحاب أحمد كأبي يعلى وأبي حفص العكبري والشريف أبي جعفر وابن الخطاب وابن عقيل فإنهم منعوا من ذلك.

واحتج مالك بما رواه في الموطأ [2]عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً في السوق، فقال له عمر: إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا، وأجاب الشافعي [3]وموافقوه عن ذلك بما رواه، قال حدثنا الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بحاطب بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب،

---

(١) قاله ابن تيمية في " الحسبة في الإسلام " (ص ٣٧) .

(٢) في " الموطأ " (٢ / ٦٥١ رقم ٥٧) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٥٤) .

فسأله عن سعرها فسعر له مدين بدرهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل البيت فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: إن الذي قلت لك ليس بعزمة مني ولا قضاء إنما هو شيء أردت الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع قال الشافعي وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما رواه مالك[1]، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه، وهنا أتى بأول الحديث وآخره، وبه أقول لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها أو شيء منها بغير طيب النفس إلا في المواضع التي يلزمهم، وهذا ليس منها.

أو المسألة الثانية [2]في التسعير، هل يحد لأهل السوق حد لا يجاوزونه مع قيام الناس بالواجب؟ فهذا منع منه جمهور العلماء حتى مالك نفسه في المشهور عنه، ونقل المنع عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد وذكر أبو الوليد عن سعيد بن المسيب وربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن يحيى [٤٩٩/٣] بن سعيد [3]أنهم رخصوا فيه ولم يذكر ألفاظهم، وروى أشهب عن مالك [4]في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل ولحم الإبل نصف رطل وإلا خرجوا، فقال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به ولكن أخاف أن يقوموا من السوق، واحتج أصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من إغلاء السعر عليهم. ولا فساد عليهم، قالوا: ولا يجبر الناس على البيع إنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده ولي الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبايع والمشتري، ولا يمنع البايع ربحاً ولا يسوغ له ما يضر بالناس.

---

(١) " المنتقى" للباجي (٥ / ١٩) و " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣٤٦ – ٣٤٧) .

(٢) قاله ابن تيمية في " الحسبة في الإسلام " (ص ٣٩) .

(٣) انظر : " المغني " (٦ / ٣١١ – ٣١٢) " رؤوس المسائل الخلافية " (٢ / ٧٥٧) .

(٤) " الاستذكار " (٢٠ / ٧٦ – ٧٧) .

وأما الجمهور فاحتجوا بالحديث [1] المتقدم " أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يسعر حيث سئل عن ذلك؟ بل قال: إن الله يخفض ويرفع " هذا وأما صفة ذلك عند من جوزه فقال ابن حبيب [2] ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل ذلك السوق سوق ذلك الشيء وغيرهم استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يبيعون وكيف يشترون، ثم ينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد، قال: ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا.

قلت: أما إذا امتنع الناس عن بيع ما يجب بيعه فإنهم يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه بلا ريب، ومن منع التسعير مطلقاً محتجاً بقوله: إن الله هو المسعر.. الحديث، فقد غلط، فهذه قضية معينة ليست لفظاً عاماً وليس فيها أن أحداً امتنع من البيع لما يجب عليه بيعه أو عمل يجب عليه أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل، أما من تعين عليه أن يبيع فكان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقدر له الثمن الذي يبيع به ويسعر عليه كما في الصحيحين[3] عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: من أعتق شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط، فأعطى شركاءه حصتهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق، "فهذا لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذي لم يعتقه لتكميل الحرية في العبد قدر عوضه بأن يقوم جميع العبد قيمة عدل ويعطى قسطه من القيمة، فإن حق الشريك في نصف القيمة لا في قيمة النصف عند جماهير العلماء، كمالك وأبي حنيفة.

فهذا الذي أمر به النبي صلى الله عليه وآله وسلم من تقويم العبد بقيمة المثل حقيقة هو التسعير، وما احتاج الناس إليه عامة، فالحق فيه لله تعالى، ولهذا يجعل العلماء هذه حقوقاً لله وحدوداً لله تعالى، بخلاف حقوق الآدميين وحدودهم.

---

(١) وهو حديث صحيح.

أخرجه أحمد (٢ / ٣٣٧) وأبو داود رقم (٣٤٥٠) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٢٩) كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) " المنتقى " للباجي (٥ / ١٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢٤٩١) ومسلم رقم (١٥٠١).

لحديث[1]أن السعر غلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا:يا رسول الله،سعر لنا،فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق،وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال،أحمد[2]وأبو داود[3]والترمذي[4]وابن ماجة[5] ....

ولهذا قال الفقهاء: إذا اضطر إلى أكل طعام الغير كان عليه بذله له بثمن المثل، فيجب الفرق بين من يجب عليه أن يبيع ومن ليس عليه أن يبيع، ونظير هذا صاحب الخان والحمام إذا احتاج الناس إلى الانتفاع بذلك فإنه لو امتنع من إدخال الناس إلا بما يشاء وهم محتاجون لم يمكن من ذلك، وألزم ببذل ذلك بالأجرة التي يستأجر بها المثل، وإذا كانت حاجة الناس لا تنتفع إلا بالتسعير العادل يسعر عليهم سعر عدل لا وكس ولا شطط، وقال أصحاب أبي حنيفة[6]: لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق فيه ضرر العامة، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله على اعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار فإن رفع التاجر إليه ثانياً حبسه وعزره على مقتضى رأيه زجراً له ودفعاً لضرره عن الناس، فإن أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير سعر حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة، وإذا تعدى أحد بعد ما فعل ذلك أجبره القاضي، انتهى [7] .

---

(١) أخرجه أحمد (٣ / ١٥٦ ، ٢٨٦) وأبو داود رقم (٣٤٥١) والترمذي رقم (١٣١٤) وابن ماجه رقم (٢٢٠٠) وابن حبان في صحيحه رقم (٤٩٣٥) والدارمي (٢ / ٢٤٩) والبيهقي (٦ / ٢٩) وأبو يعلى رقم (٢٧٧٤) وقال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣١) إسناده على شرط مسلم .

وهو حديث صحيح والله أعلم .

(٢) في " المسند " (٣ / ١٥٦ ، ٢٨٦) .

(٣) في " السنن " رقم (٣٤٥١) .

(٤) في " السنن " رقم (١٣١٤) . (٥) في " السنن " رقم (٢٢٠٠) .

(٦) انظر : " رؤوس المسائل الخلافية " (٢ / ٧٥٧) .

(٧) كلام ابن تيمية في " الحسبة في الإسلام " (ص ٣٤ – ٤٣) .

والدارمي [1]والبزار[2] أبو يعلى[3] من حديث أنس وإسناده على شرط مسلم، وقد صححه ابن حبان[4] والترمذي[5] .

ولأحمد [6]وأبي داود[7] من حديث أبي هريرة أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم سعر يا رسول الله فقال بل أدعو الله [٣/٤٩٩] وجاء آخر فطلب مثلـه فقـال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " بل الله يخفض ويرفع " .

وفي الباب عند ابن ماجة [8]والبزار[9] والطبراني في "الأوسط"[10] من حديث أبي

....

---

(١) في " مسنده " (٢ / ٢٤٩) .

(٢) كما ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣١) .

(٣) في " مسنده " (٥ / ١٦٠ ، ٢٤٥ رقم ٢٧٧٤ ، ٢٨٦١) .

(٤) في صحيحه رقم (٤٩٣٥) .

(٥) في " السنن " رقم (١٣١٤) وهو حديث صحيح .

(٦) في " المسند " (٢ / ٣٣٧) .

(٧) في " السنن " رقم (٣٤٥٠) وهو حديث صحيح وقد تقدم .

(٨) في " السنن " رقم (٢٢٠١) .

(٩) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣١) .

(١٠) رقم (٥٩٥٥) .

قلت : وأخرجه أحمد في المسند (٣ / ٨٥) والخطيب في " تاريخ بغداد " (٩ / ٤٥١) .

وهو حديث صحيح لغيره . والله أعلم .

سعيد نحو حديث أنس بإسناد حسن، وللبزار[1] من حديث علي نحوه وعن ابن عباس في "الصغير"[2] للطبراني وعن أبي جحيفة في "الكبير"[3] وجازف ابن الجوزي فأخرجه في "الموضوعات"[4] من حديث علي وشواهده ما سمعت.

وأما أن التسعير لا يحرم إلا (**في القوتين**) فقط دون ساير ما يتناوله الناس كالسمن واللحم فتخصيص بلا مخصص إلا النظر[أ] بالمصلحة المرسلة بل الملغاة، لأنه إذا امتنع في القوتين مع أنهما الضروريان ففي الاستحسانيات والشهوانيات أجدر.

(أ) **قوله:** إلا النظر بالمصلحةالمرسلة ، أقول: قال في الغيث: فإن قلت ما الوجه في صحة التسعير فيما دونهما؟ قلت: اصطلح الأئمة المتأخرون تقدير سعر ما عدا القوتين في بعض الأحيان كاللحم والسمن رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم، وقال شارح الأثمار إن التسعير في غير القوتين لعلة اتفاق، قلت: وما اختاره الشارح من المنع قد اختاره في المنار أيضاً، وسبق عن فوائد ابن تيمية ما يعرف به الصواب.

---

(١) في " مسنده (٣ / ١١٣ رقم ٨٩٩) .

وأورده الهيثمي في " كشف الأستار " رقم (١٢٦٣) وقال في " مجمع الزوائد " (٤ / ٩٩) : رواه البزار وفيه الأصبغ بن نباته ، وثقه العجلي وضعفه الأئمة . قال بعضهم : متروك " .

عن علي قال : " قيل يارسول الله قوم لنا السعر قال : إن غلاء السعر ورخصه بيد الله إني أريد أن ألقى ربي وليس أحد يطلبني بمظلمة ظلمتها إياه " .

(٢) في " المعجم الصغير " (٢ / ٥٩ – ٦٠ رقم ٧٨٠ – الروض الداني) وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ٩٩) وقال رواه الطبراني في الصغير ، وفيه علي بن يونس وهو ضعيف .

قلت : علي بن يونس خطأ ، والصواب عيسى بن يونس .

" الميزان " (٣ / ٣٢٨) .

(٣) في " المعجم الكبير " (ج ٢٢ رقم ٣٢٢) .

وأورده الهيثمي في " المجمع " (٤ / ١٠٠) وقال : فيه غسان بن الربيع وهو ضعيف .

(٤) (٢ / ٢٣٨ – ٢٣٩) . =

(و) يحرم (*التفريق بين ذوي الأرحام المحارم في الملك*)[أ] أما بين الأم وولدها فلحديث علي عليه السلام "أنه فرق بين الجارية وولدها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ورد البيع "أبو داود[1] والحاكم[2] وصححه إلا أن أبا داود أعله بالانقطاع بين علي والراوي عنه ميمون[ب] بن أبي شبيب لأنه لم يدرك علياً لكنه رجحه البيهقي [3]لشواهد له منها حديث أبي أيوب عند أحمد[4] والترمذي[5] وحسنه والدارقطني[6] والحاكم[7] وصححه بلفظ" من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين

(أ) **قال:** في الملك، أقول: قال المصنف[8] في "الغيث": وإنما قلنا في الملك احتراز من التفريق بالعتق أو بالجهات، فإنه يجوز أن يعتق أحدهما دون الآخر وأن يجعل أحدهما في جهة دون الآخر.

(ب) **قوله:** ميمون بن أبي شبيب، أقول: في "التقريب"[9] ميمون بن أبي شبيب الربعي أبو نصر الكوفي صدوق كثير الإرسال.

= قال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٣١) : " أغرب ابن الجوزي فأخرجه في الموضوعات من حديث علي ، فقال : إنه حديث لا يصح " .

(١) في " السنن " رقم (٢٢٩٦) وضعفه أبو داود بأن ميمون بن أبي شبيب لم يدرك علياً .

(٢) في " المستدرك " (٢ / ٥٥) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٩ / ١٢٦) .

(٤) في " المسند " (٥ / ٤١٢ ، ٤١٤) .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٨٣) وقال : هذا حديث حسن غريب .

(٦) في " السنن " (٣ / ٦٧ رقم ٢٥٦) .

(٧) في " المستدرك " (٢ / ٥٥) .

قلت : واخرجه الدارمي (٢ / ٢٢٧) والبيهقي في " السنن " (٩ / ١٢٦) والطبراني في " الكبير " (ج ٤ رقم ٤٠٨٠) والقضاعي في مسند الشهاب (١ / ٢٨٠ رقم ٤٥٦) وهو حديث صحيح .

(٨) انظر : " البحر الزخار " (٣ / ٣١٨) .

(٩) في " التقريب " (٢ / ٢٩١ رقم ١٥٥٠) .

أحبته يوم القيامة "إلا أن في إسنادهم حُيَيٌّ[أ] بن عبدالله المغافري مختلف فيه، لكنه قال يحيى وغيره ليس به بأس، وله طريق أخرى عند البيهقي [١]غير متصلة وله طريق ثالثة عند الدارمي. [٢]

ومنها حديث عبادة بن الصامت بلفظ " لا يفرق بين الأم وولدها"، قيل: إلى متى؟ قال: "حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية" كما قال المصنف[ب] (***حتى يبلغ الصغير وإن رضي الكبير***)[ج] عند الدارقطني [٣]والحاكم[٤] إلا أن فيه عبدالله بن عمرو الواقفي تفرد

(أ) **قوله:** حُيَيٌّ، أقول: في "التقريب"[٥] حيي بضم أوله وياءين من تحت الأولى مفتوحة بن عبدالله بن سريح المغافري المصري صدوق يَهِم.

(ب) **قوله:** كما قال المصنف، أقول: كان يتعين على الشارح تأخير قول المصنف وإن رضي الكبير عن قوله أخرجه الدارقطني لأنه أوهم أن قوله وإن رضي الكبير من جملة لفظ حديث [٦]عبادة، وليس كذلك قطعاً، وأما قول المصنف حتى يبلغ الصغير فقد شمل ما في حديث عبادة من قوله حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية إذ الكل يصدق عليه بلوغ الصغير.

(ج) **قوله:** وإن رضي الكبير، أقول: إشارة إلى الرد على مذهب إبراهيم النخعي[٧]وغيره، فإنه أخرج الترمذي أن إبراهيم فرق بين والدة وولدها في البيع، فقيل له في ذلك فقال: إني استأذنتها فرضيت،

---

(١) في " السنن الكبرى " (٩ / ١٢٦) .

(٢) في سننه (٣ / ١٦١ رقم ٢٥٢٢) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٦٨ رقم ٢٥٨) وقال : " عبد الله هذا هو الواقفي ، وهو ضعيف الحديث ، رماه علي بن المديني بالكذب ، ولم يروه عن سعيد غيره " .

(٤) في " المستدرك " (٢ / ٥٥) وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وتعقبه الذهبي بقوله : " قلت : موضوع ، وابن حسان كذاب " .

(٥) في " التقريب " (١ / ٢٠٩ رقم ٦٦٣) .

(٦) تقدم تخريجه آنفاً .

(٧) انظر : " المغني " (٦ / ٣٧١ – ٣٧٢) " المجموع شرح المهذب " (٩ / ٤٤٣ – ٤٤٤) " بدائع الصنائع " (٥ / ٢٢٨ – ٢٢٩) .

به، وقد رماه ابن المديني[1] بالكذب لكن يستأنس للتفريق بعد بلوغ الصغير بما في حديث سلمة بن الأكوع عند مسلم[2] خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة فأصبنا في السبي امـــرأة ومعها ابنة لها من أحسن العرب فنفلني[أ] أبو بكر ابنتها، وإن كان موقوفاً[3] وللنهي عـــن التفريق بين الوالد وولده شواهد ضعيفة، وأما غيرهما فجوزه الإمام يحيى [4]والشـــافعي[5] لنا القياس بجامع الرحم، قالوا: الفرق بين الأم وغيرها ظاهر.

ومعلوم أنه لا يكون الرضا معتبراً إلا من الكبير، ثم الحديث في التفريق بين الوالدة والولد فإلحـــاق غيرهما من الأقارب بعيد لمكان شفقة الأمهات، نعم ورد حديث علي رضي الله عنه في الأخوين كما في الترمذي[6].

(أ) **قولـه:** فنفلني أبو بكر ابنتها، أقول: قال الحافظ [7]ابن حجر بوب له أبو داود [8]باب التفريق بين المدركات.

قلت: وليس في الحديث دليل على أن البنت مكلفة، كما قاله الشارح وقول أبي داود المدركات لا يدل عليه أيضاً فينظر.

---

(١) انظر : " الجرح والتعديل " (٥ / ١١٩) " الميزان " (٢ / ٤٦٨) .

(٢) في صحيحه رقم (٤٦ / ١٧٥٥) .

قلت : وأخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٢٦٩٧) وهو حديث صحيح .

(٣) بل هو حديث صحيح انظر ماتقدم .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣١٨) .

(٥) " البيان " للعمراني (٥ / ٥٨) وقال العمراني : ليس بمشهور عنه .

(٦) في " السنن " رقم (١٢٨٤) وهو حديث ضعيف .

(٧) في " التلخيص " (٣ / ٣٧) .

(٨) في " السنن " (٣ / ١٤٦ الباب رقم ١٣٤) باب الرخصة في المدركين يفرق بينهم .

قلت: لو صح حديث [1]عبادة لا يصح القياس لإيماء الغاية فيه إلى أن العلة حاجة الصغير وهو محتاج إلى أمه وأبيه وأهله، لكن لم يصح[أ] .

(**و**) يحرم (**النجش**)[ب] لما عند الشيخين وغيرهما من حديث ابن عمر[2]: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش " زاد الموطأ[3] قال: والنجش أن تعطيه بسلعة أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك، وهو عند الجماعة من حديث أبي هريرة [4]بلفظ لا تناجشوا، وعند الترمذي [5]من حديث ابن عباس، وقال حسن صحيح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال [٣/٥٠٠] لا تستقبلوا السوق ولا تحفلوا ولا ينفق بعضكم لبعض .

(أ) قوله: لكن لم يصح، أقول: في "الغيث"[6] إن قلت أن عمومه يقتضي أن لا فرق بين الصغير والكبير.

قلت: لعله خصه الإجماع في الكبير كما خص العتق، فإن التفريق به جائز إجماعاً .

(ب) قوله: والنجش، أقول: قال ابن دقيق العيد[7]: اختلف في اشتقاق اللفظة فقيل إنها مأخوذة من معنى الإثارة، كأن الناجش يثير همة من سمعه للزيادة كأنه مأخوذ من إثارة الوحش من مكان إلى مكان، وقيل: أصل اللفظة مدح الشيء وإطراؤه.

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١٦٠) ومسلم رقم (١٢ / ١٥١٥) وأحمد (٢ / ٢٧٤) .

(٣) (٢ / ٦٨٤) .

(٤) أخرجه البخاري رقم (٢١٦٠) ومسلم رقم (١٢ / ١٥١٥) وأحمد (٢ / ٢٧٤) . وهو حديث صحيح .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٦٨) وهو حديث حسن .

(٦) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٤٠ – ٢٤١) .

(٧) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٩٢) .

(**و**) يحرم (**السوم**[أ] **على السوم و**) هو[ب] (**البيع على البيع**) أيضاً وإنما سمي السوم بيعاً لأنه يؤول إلى البيع والأمران عند الجماعة كلهم من حديث

وفي الغيث عن "الشفاء "[1]قريب من هذا إلا أن هذا أولى لأنه جعله مأخوذاً من الإثارة بمعنى التنفير، ثم قال ابن دقيق العيد[2]: ولا شك أن هذا الفعل حرام لما فيه من الخديعة، قال بعض الفقهاء[3]: البيع باطل، وقال الشافعي[4]: البيع صحيح، وأما إثبات الخيار للمشتري الذي غُرَّبا لنجش، فإن لم يكن النجش عن مواطأة فلا خيار عند أصحاب الشافعي، وفي الغيث أن البيع صحيح عند أهل المذهب لأن النهي لا لعينه فأشبه البيع عند النداء.[٣ / ٥٠٠] .

(أ) قوله: والسوم على السوم، أقول: لم يقيده بسوم المسلم على المسلم كما قيدته بذلك الأحاديث الثلاثة التي أتى بها الشارح، ولا وجه لإسقاط ما اعتبره اللفظ النبوي، وقد أخذ منه الأوزاعي أنه يجوز السوم على سوم الذمي.

(ب) قوله: وهو البيع على البيع، أقول: في "شرح العمدة"[5] أنه فسر البيع على البيع في مذهب الشافعي بأن يشتري شيئاً فيدعوه غيره إلى الفسخ ليبيعه خيراً منه بأرخص، وفي معناه الشراء على الشراء، وهو أن يدعو البايع إلى الفسخ ليشتريه منه بأكثر وهاتان الصورتان إنما يتصوران إذا كان المبيع في حالة الجواز وقبل اللزوم، ثم قال ومن الفقهاء من فسر البيع على البيع بالسوم على السوم، وهو أن يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول له إنسان: رده لأبيع منك خيراً [منه] [6]وأرخص، أو يقول لصاحبه استرده لأشتريه منك بأكثر .

---

(١) " شفاء الأوام " (٢ / ٤١٩) .

(٢) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٩٢) .

(٣) " المغني " (٦ / ٣٠٤ – ٣٠٥) .

(٤) " الحاوي الكبير " (٥ / ٣٤٣) .

(٥) (ص ٦٩٢) .

(٦) زيادة من نسخة أخرى .

ابن عمر[1] بلفظ: " لا يبع بعضكم على بيع بعض " زاد النسائي[2] حتى يبتاع أو يذر، وهو كذلك عندهم من حديث أبي هريرة[3] رضي الله عنه، وفي رواية: " ولا يسم الرجل على سوم أخيه " وفي أخرى: ولا يزيدن على بيع أخيه كلها للشيخين.

وإذا عرفت هذا فالشارح حمله على التفسير الآخر، ولكنه غير مراد المصنف فإنهما مسألتان عنده قيد إحداهما بقوله بعد التراضي، وهو قيد للسوم على السوم لا للبيع على البيع؛ لأنه لا بيع إلا بعد التراضي، وقد أحسن الأثمار بتقديم القيد، حيث قال: والسوم على السوم بعد التراضي، قال شارحه إنما قدمه لئلا يتوهم أن اعتبار التراضي راجع إلى المسألتين وليس كذلك إذ البيع إنما يكون بيعاً بعد التراضي. والشارح لما حمل عبارة المصنف على غير مراده جعل السوم مجازاً واعترض قوله بعد التراضي، وعبارة المصنف سالمة عن ذلك كله مفيدة لمسألتين :

الأولى السوم على السوم، ومثله في النهاية لابن الأثير المنهي عنه أن يتساوم المتبايعان في السلعة ويتقاربا فيجيء رجل آخر يريد أن يشتري تلك السلعة ويخرجها من يد المشتري الأول بزيادة على ما استقر الأمر عليه بين المتساومين ورضيا به، قبل الانعقاد فذلك ممنوع عند المقارنة لما فيه من الإفساد.

ثم قال في مسألة البيع على البيع وفيه لا يبع أحدكم على بيع أخيه، فيه قولان: أحدهما: إذا كان المتعاقدان في مجلس العقد فطلب طالب السلعة بأكثر من الثمن ليرغب البايع في فسخ العقد وهو محرم لأنه إضرار بالغير.

والثاني أن يرغب المشتري في الفسخ بعرض سلعة أجود منها بمثل ثمنها أو مثلها بدون ذلك الثمن، وقد طولنا هنا لأن المراد بيان اختلاف المسألتين وصحة كلام المصنف واختلال كلام الشارح.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٥١٤٢) ومسلم رقم (٥٠ / ١٤١٢) وأحمد (٢ / ٢٤٢) وأبو داود رقم (٢٠٨١) وهو حديث صحيح.

(٢) في " السنن " رقم (٤٥٠٤) وهو حديث صحيح.

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢١٤٠) ومسلم رقم (١٤٠٨) وأحمد (٢ / ٥٠٨).

وهو عند مسلم [1] من حديث عقبه بن عامر بلفظ: " لا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر " وأما أنه لا يحرم إلا (**بعد التراضي**) فلا دليل عليه ولا يستقيم هنا، وإن استقام في خطبة النكاح لأن السوم إنما هو قبل [2] التراضي.

(**و**) أما أدلة تحريم (**سلم**) وبيع (**أو سلف وبيع**) فقد تقدمت، والكلام على ذلك، والمصنف خبط وخلط في باب مناهي البيوع ما نهى فيه عن البيع وما نهى فيه عن أمر غير البيع مقارن له، والفقيه من حيث هو فقيه لا بحث له في أفعال المعاملات من حيث تحريمها بل من حيث تصحيحها أو إفسادها فمثل الاحتكار والنجش والسوم على السوم البحث فيهما من حيث الديانة لا من حيث المعاملة لأنهما لا يفسدان[أ] في أنفسهما

[أ] **قوله:** لا يفسدان في أنفسهما، أقول: في "نهاية المجتهد"[3] أن فقهاء الأمصار على أن هذا البيع الذي وقع فيه السوم على السوم يكره، وإن وقع مضي البيع لأنه سوم بيع لم يتم، وقال داود وأصحابه: إن وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكاً بالعموم، وقال في بيع النجش أنه فاسد.

واعلم أن المصنف ترك من المناهي المنصوصة كثيراً كبيع الحاضر للبادي فإنه ضم في الحديث إلى النجش، وتلقي الركبان وما كان يحسن إفراده عن إخوانه في الحديث وقد ضمه معهما صاحب التذكرة وغيره في الفصل المعقود للمناهي .

قال في "نهاية المجتهد"[4] وأما نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف في معنى ذلك، قال مالك: لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً، واختلف عنه في شراء الحضري

---

(١) في صحيحه رقم (٥٦ / ١٤١٣) .

(٢) قال الحافظ في " الفتح " (٤ / ٣٥٣) وأن تقييد المنع بكونه بعد التراضي هو الصواب .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣١٨) .

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣١٧ - ٣١٨) .

بالنهي ولا يفسدان غيرهما لأن الصحة والفساد إنما يتعلقان بالأوامر في الديانات وبالعقود في المعاملات فكل نهي لا يرجع إلى مطلوب شرعي أو عقد لا يقتضي الفساد، وإن اقتضى التحريم فوظيفة الفقيه إنما هي البحث عن الأمرين من حيث صحتهما أو فسادهما .

(**و**) من ما لا يعنيه التعرض لتحريم (**ربح ما اشتري بنقد غصب**) أما أولاً فلأن حقه أن يذكر في الغصب، وأما ثانياً فلأن الكلام في مناهي البيوع وليس منها ثم قد

للبدوي فمرة أجازه ومرة منعه، وقال أبو حنيفة [1] وأصحابه لا بأس أن يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهي إرفاق أهل الحضر لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر وأرخص، بل قد يكون أكثرها عندهم مجاناً بغير ثمن فكأنهم كرهوا أن ينصح الحضري البدوي، قال: وهذا مناقض لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الدين النصيحة " [2] وبهذا تمسك أبو حنيفة في جوازه وحجة الجمهور [3] حديث جابر [4]: " لا يبع حاضر لباد، ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " وهذه الزيادة انفرد بها أبو حنيفة فيما أحسب والأشبه أن يكون من باب غبن البدوي، لأنه يرد والسعر مجهول عنده إلا أن تثبت هذه الزيادة، ويكون معنى الحديث [5] النهي عن تلقي الركبان كما أوله الشافعي، انتهى كلامه باختصار، والمصنف حذف ذلك من المختصر وشرحه الغيث وتابعه حفيده في الأثمار على إهماله وبه تعرف أن في المسائل التي ذكرها المصنف ما يتعلق بالصحة وعدمها فلا يتم اعتراض الشارح في كل ذلك المذكور.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٣٩٢ – ٣٩٣) .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (٩٥ / ٥٥) .

(٣) " الحاوي الكبير " (٥ / ٣٤٤ – ٣٤٥) " البيان " (٥ / ٣٤٨ – ٣٤٩) .

(٤) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٥) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

خالف[أ] في ذلك المؤيد والإمام يحيى وغيرهما لحديث[ب] الخراج بالضمان سيأتي، وإنما

(أ) **قولـه:** ثم قد خالف في ذلك المؤيد والإمام يحيى[1] وغيرهما، أقول: لا يضـر المصـنف ذلـك ولا يقتضي أن لا يذكر المسألة لأنه بصدد الكلام على المذهب.

واعلم أن في ربح المال المغصوب للعلماء ثلاثة أقوال:

الأول للشافعي [2]الربح كله للمالك وهو ظاهر مذهب ابن حنبل.[3]

والثاني لمالك وأبي حنيفة أنه للغاصب كله، قالوا: ومثله لو أودعه مالاً فاتجر فيه فربحه له دون مالكه وضمانة عليه.

الثالث أنهما شريكان أي الغاصب والمالك في الربح وهو رواية عن ابن حنبل واختاره ابن تيمية، قال ابن القيم[4]: وهو أصح الأقوال.

قلت: إلا أنها أقوال عارية عن الاستدلال، ولعله يأتي التحقيق في [بحث][5] كتاب الغصب.

(ب) **قولـه:** لحديث[6] الخراج بالضمان، أقول: هذا دليل المؤيد والإمام يحيى، قال في "النهاية"[7] يريد بالخراج ما تحصل من غلة العين المبتاعة عبداً كان أو أمة أو ملكاً، وذلك ان يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه، أو لم يعرفه فله رد العين المبيعة وأخذ الـثمن ويكـون للمشتري ما استغله لان المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه ولم يكن له على البـايع شـيء والباء في بالضمان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج يستحق بالضمان انتـهى كلامـه، وظـاهره أن الحديث خاص بالبيع لا يدخل الغصب، وهو الصواب لأن العين المغصوبة مضمونة على الغاصـب سواء كان لها خراج أو لا.

---

(1) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٧).

(2) انظر " البيان " للعمراني (٧ / ١١).

(3) " المغني " (٧ / ٣٨٢ – ٣٨٣).

(4) في " مدارج السالكين " (١ / ٣٩١ ، ٣٩٢).

(5) زيادة من نسخة أخرى.

(6) أخرجه أحمد (٦ / ٤٩) وابو داود رقم (٣٥٠٨) والترمذي رقم (١٢٨٥) والنسائي رقم (٤٤٩٠) وابن ماجه رقم (٢٢٤٣) وغيرهم من حديث عائشة رضي الله عنها وهو حديث حسن.

(7) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٤٧٩).

أجاب المصنف بالقياس على شاة الأساري، وسيأتي تحقيق ذلك كله إن شاء الله تعالى، ولو قال[أ] وربح ما لم يضمن لكان أولى ليشمل ربح المبيع قبل قبضه إذ لا يضمنه المشتري قبل القبض، ولهذا يتلف من مال البايع لكن ذلك معنى حديث النهي[1] عن بيع ما لم يقبض كما تقدم، وهذا أيضاً ثابت من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص عند أبي داود [2] والنسائي[3] وابن ماجة[4] والترمذي[5]، وصححه بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك " وتقدم أيضاً وأخرج له البيهقي[6] شاهدين: أحدهما: من حديث عتاب بن أسيد عند بعثه إلى مكة بلفظ: انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا وهو عند ابن

(أ) **قوله:** ولو قال وربح ما لم يضمن، أقول: وفي "النهاية "[7]فيه أنه: " نهى عن ربح ما لم يضمن " وهو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فربح فلا يصح البيع ولا يحل الربح؛ لأنها في ضمان البايع الأول وليست في ضمان الثاني، فربحها [وخيارها] [8]للأول.

قلت: إلا أنه لا يخفى أنه لو قال المصنف كذلك خرج ربح الغصب الذي أراده لأنه مضمون فأعجب للتصويب المفوت للمقصود فكان الأولى أن يقول الشارح ولو زاد المصنف وربح ما لم يضمن لكان صواباً.

---

(١) تقدم تخريجه من حديث حكيم بن حزام وهو حديث صحيح لغيره . ومن حديث ابن عمر وهو حديث صحيح .

(٢) في " السنن " رقم (٣٥٠٤) .

(٣) في " السنن " رقم (٤٦٣٠) .

(٤) في " السنن " رقم (٢١٨٨) .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٣٤) .

(٦) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٣) .

(٧) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٦٢٤) .

(٨) كذا في المخطوط وصوابها (خسارتها) كما في " النهاية " (١ / ٦٢٤) .

ماجة[1] أيضاً، والآخر من حديث ابن عباس[2] رضي الله عنه إلا أن فيه يحي بن صالح الأيلي، وهو منكر الحديث، لكن قد تشاهدت له مخارجه فحسن .

(**أو**) اشترى بمال هو من (**ثمنه**) أي: ثمن الغصب إلا أن هذا تكرير لأن ثمن الغصب غصب وأيضاً الضمير[أ] في ثمنه للنقد ولا ثمن له لأنه نفسه ثمن (**و**) يحرم (**بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء**) لا يخفاك أن هذه ترجمة مبهمة ينبغي تقييدها بما اختلفا جنساً وتقديراً ليصح[ب] نسبة الخلاف فيها إلى زيد والمؤيد والفريقين ولئلا يلزم التكرير [٣/٥٠١] لما مضى من قوله وفي أحدهما أولاً تقدير لهما التفاضل لا النساء، لنا أن الربا هو الزيادة، والزيادة في السعر لم يقابلها عوض إلا المدة، وليست مما يعاوض به فكان ذلك محض زيادة.

وأجيب بأن الزيادة[ج] إنما تتحقق في مشترك فيه كما قدمنا، فلا يتحقق ذلك في

(أ) **قولـه:** وأيضاً الضمير في ثمنه -للنقد- أقول: قد فسره هو قريباً بثمن الغصب فمراد المصنف ربح ما شراه بالنقد المغصوب فليس بتكرار لكنه لا حاجة إليه.

(ب) **قولـه:** ليصح نسبة الخلاف فيها إلى زيد والمؤيد، أقول: كأنه ترك التقييد للعلم بأن ما اتفقا جنساً وتقديراً لا يجيز أحد فيه النسيئة [٣/٥٠١].

(ج) **قولـه:** بأن الزيادة إنما تتحقق في مشترك فيه، أقول: أما الزيادة فثمة زيادة إلا أنها ليست من جنس زيادات الربا، قال"المنار"[3]: ليس هناك زيادة محققة إنما جعل البدل أكثر لغرض هو تأخير الثمن كما لو فعل ذلك لاستعجالٍ في الأكل أو لأي غرض من الأغراض العارضة، فتخيَّل زيادة ومزيد ومساواتهما لمسألة ربا النسيئة التي استقل فيها رأس المال وانفصل عن الربا ليس بشيء، ثم قال[4]:وعلى الجملة فالرفع والحط في الإبدال على حسب الأغراض عامة وخاصة، والأجل في

---

(١) في " السنن " رقم (٢١٨٩) .

(٢) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٣) .

(٣) (٢ / ٣٥) .

(٤) أي المقبلي في " المنار " (٢ / ٣٥) .

مختلفي الجنس والتقدير، ولأن السعر لا استقرار له كالجنس والتقدير، فلا يكون أصلاً يرجع إليه؛ لأن الرجوع إنما يكون إلى الأصول المستقرة المستمرة، قلنا: أكل للزيادة بالباطل، قالوا: الباطل ما لا يحصل فيه التراضي.

قلنا: يلزم تحليل الربا بالرضى، قالوا: ملتزم لولا النهي ولكن خصصه النهي، قلنا: فليقس عليه، قالوا: بلا جامع لإيماء الشارع فيه إلى أن العلة اتفاق الجنس والتقدير وليست بموجودة هنا.

(**و**) يحرم أيضاً بيع الشيء (**بأقل مما شري به**) وهذا هو المعروف[أ] بالعينة إلا أن المصنف قلب تصويرها، وكان حقه أن يقال وبيع ما اشترى إلى بائعه بجنس الثمن الأول، وأقل منه حيلة ليستريح من قوله: (**إلا من غير البائع أو منه غير حيلة أو بغير جنس الثمن الأول أو بقدر ما انتقص من عينه و**) من

الثمن أحد الأغراض ولو بطل لأجله البيع لبطل كل غرض فلا يبقى إلا قصد البيع مجرداً، ولا يقول هذا أحد.

قلت: وقد اختار مؤلف الأثمار جواز ذلك كما اختاره الشارح، والمنار وهو أقرب من منعه لعدم الدليل، ولنا رسالة[1] جواب سؤال حققنا فيها المقال واستوفينا فيها الاستدلال.

(أ) **قوله:** هو المعروف بالعينة، أقول: هو بكسر المهملة ثم مثناة تحتية ثم نون، قال في "النهاية "[2]: هو أن يبيع الرجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به، وسميت عينة لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين هو المال الحاضر من النقد، والمشتري إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه معجلة، وفي شرح الأثمار سميت بذلك لأنه يعود إلى البائع عين المبيع.

---

(١) وهي الرسالة رقم (١٢٦) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير . بتحقيقي ط ابن كثير .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٢٨٢) .

فوائده الأصلية) وإنما[أ] حرم لأنه قرض بشرط زيادة في القضاء فهو بيع جنس بجنسه متفاضلاً ونساء وذلك نفس الربا، ولهذا ينحل القرض بالبيع من غير البائع أو بغير جنس الثمن الأول، وتذهب الزيادة في مقابلة ما استهلكه المشتري من فوائد المبيع الأصلية كصوف كان على الشاة أخذه ثم باعها من بائعها بأقل مما شراها به منه.

(أ) **قوله**: وإنما حرم لأنه قرض، أقول: في شرح الأثمار صورة المسألة أن يطلب المستقرض إقراض شيء وأراد المقرض أن تحصل له فائدة بالقرض فيحتالان بأن يبيع المقرض منه سلعة بدراهم ثم يشتريها منه بأقل مما باعها منه، ويسلم الثمن الأقل للآخر ويبقى الثمن الأول في ذمة المقترض ديناً فهذا تحيل لا يجوز لأنه توصل إلى الربا فمع قصد الحيلة لا يجوز ذلك ولا يصح سواء كان البيع الثاني بجنس الثمن الأول أو بغيره من البائع أم من [(أما إذا كان من الغير فلا ربا)] [1] غيره وأما إذا كان ذلك من غير قصد الحيلة فإن البيع يجوز ويصح من البائع وغيره فالعبرة بقصد الحيلة.

قلت: وذلك لأنه لم يحصل مسمى البيع حقيقة، وإنما صوّراه بصورته تحيلاً للربا، وقد عدل الأثمار عن العبارة فقال: وبأقل مما شرى به حيلة وحذف قوله أو بغير جنس الثمن الأول.. إلخ، قال شارحه لأن ذلك يوهم أنه يصح بغير الجنس ومن غير البائع ولو مع قصد الحيلة وليس كذلك وتابعه على تغيير العبارة "الفتح"[2].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) انظر: " " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٤٧ – ٢٤٨).

وقال الشافعي[1](أ): لا تحرم لأنها نوع من بيع النساء، لنا أنه ورد النهي عنها من طرق، عقد لها البيهقي [2]باباً وساق فيه ما ورد من ذلك ومن أصح أدلتها ما أخرجه أحمد [3] والطبراني[4] وصححه ابن القطان [5]من طريق أبي بكر ابن عياش عن الأعمش

(أ) **قوله:** وقال الشافعي [1]لا يحرم، أقول: قال الرافعي [6]:وليس من المناهي بيع العينة، قال ابن حجر في "التلخيص"[7]: إنه ليس عندنا من المناهي، وإلا فقد ورد النهي عنها من طرق عقد لها البيهقي[8] باباً في سننه ساق ما ورد من ذلك بعلله، انتهى. واستنكر المنار ذلك من ابن حجر، وقال: إنه من باب نصب الخلاف جهالة بين النبي وبين قول فقيه، انتهى. وصدق نعم إذا كان عذر الشافعية إعلال الأحاديث الواردة وأنها لم تصح كما يظهر من تصرفهم، فذلك عذر ينجي في اللحد عن نفي ما لم يصح دليله.

فائدة: قال في شرح الأثمار ولا يصح ولا يجوز بيع الرجاء إذ هو حيلة في تحليل[9] الربا، ومن جملة ما اعتاده أهل الزمان من بيع الشيء بدون ثمنه، ثم يقول المشتري للبائع متى رددت عليَّ مثل الثمن في مدة كذا فقد فسخت عليك البيع، فهذا لا يصح ولا يملك المشتري ولو مضت المدة من دون رد الثمن على الصحيح، ولا يحل للمشتري الانتفاع بالمبيع ولا بشيء من غلاته لأنه ربا، ولو نذر عليه البائع لأن المضمر في باب الربا كالمظهر عند الهادوية وهو الصحيح، انتهى.

---

(١) في " الأم " (٤ / ١٦٠ – ١٦١) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٦ – ٣١٧) .

(٣) في " المسند " (٢ / ٢٨) .

(٤) في " المعجم الكبير " رقم (١٣٥٨٣ و (١٣٥٨٥) .

قلت : وأخرجه أبو داود رقم (٣٤٦٢) .

وهو حديث صحيح بمجموع طرقه .

(٥) في " بيان الوهم والإيهام " (٥ / ٢٩٤ – ٢٩٦ رقم ٢٤٨) .

(٦) انظر " التلخيص " (٣ / ٤٤) . (٧) (٣ / ٤٤) .

(٨) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٦ – ٣١٧) . (٩) انظر : " إعلام الموقعين " (٥ / ٨٠) .

عن عطاء عن ابن عمر، قال: " أتى علينا زمان وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم، ثم أصبح الدينار والدرهم أحب إلى أحدنا من أخيه المسلم، سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: إذا ضن الناس بالدرهم والدينار، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم " وله طريق أخرى عند أحمد وأبي داود أيضاً من طريق عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر إلا أن ابن حجر[1]قال: إن كون رجاله ثقات لا يستلزم تصحيحه كما فعل ابن القطان؛ لأن الأعمش[أ] مدلس ولم يذكر سماعه عن عطاء، وعطاء يحتمل أن يكون

(أ) **قوله:** لأن الأعمش مدلس، أقول: قال الذهبي في "تذكرة الحفاظ"[2] بعد أن أثنى على الأعمش: وهو سليمان بن مهران كان يسمى المصحف لصدقه، ولم يذكر أنه يدلس، وقال الحافظ ابن حجر في "التقريب"[3]: ثقة حافظ عارف بالقرآن لكنه يدلس.

قلت: والذي رماه بالتدليس النسائي، كما في "الخلاصة"[4].

---

(١) في " التلخيص " (٣ / ٤٥) .

قلت : وهذه الاحتمالات لا ترقى لمستوى رد تصحيح ابن القطان ، لأن عطاء صرح الأعمش بأنه ابن أبي رباح – وهو ثقة حافظ – فيجب قبول قوله فيه . فلو جاز هذا لكان العرزمي – وشهر بن حوشب القائلين : إنه الخراساني ، أولى بالتخطئة من الأعمش وتدليس الأعمش عند العلماء لا سيما إذا روى عمن عرف بالسماع منه .

(٢) في " تذكرة الحفاظ " (١/ ١٥٤ رقم ١٤٩) .

(٣) في " التقريب " (١ / ٣٣١ رقم ٥٠٠) .

(٤) في " الخلاصة " للخزرجي رقم الترجمة (٢٧٤٨) بتحقيقي .

هو الخراساني كما وقع في الرواية الأخرى عند أبي داود[1]، فيكون فيه تدليس[أ] التسوية بإسقاط نافع بين عطاء وابن عمر، فيرجع إلى إسناد أبي داود وهو المشهور.

(أ) **قوله:** تدليس التسوية، أقول: أقسام التدليس أربعة شرها تدليس التسوية، وحقيقته أن يروي المحدث عن ثقة والثقة عن ضعيف عن ثقة فيسقط الضعيف فيستوي الإسناد كله ثقات، فهذا يسمى تدليس [2]التسوية؛ لتسوية الإسناد بالثقات، وقد رُمي به سفيان الثوري، قال الشارح في شرح الفصول: إنه لا يفعل الثقة ذلك إلا بعد علمه لشواهد للحديث لجبر ضعف المسقط له، وبه تعرف أن حديث العينة إن لم يكن صحيحاً [3]فهو حسن يعمل به في الأحكام [والحمد لله][4].

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٦٢) وقد تقدم .

(٢) انظر : " الإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح " (ص ٩٦) " علوم الحديث " (ص ٧٤ – ٧٥) .

(٣) تقدم أنه حديث صحيح بمجموع طرقه . والله أعلم .

قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٣١) والحاصل أن مجموع مافي الباب تقوم به الحجة ، ولا سيما وهذه الحيلة من الحيل الباطلة التي جاءت الشريعة بإبطالها ، وأيضاً قد استلزمت أن يرد المستقرض زيادة على ما استقرضه ، وذلك مجمع على تحريمه ، فلو لم يرد في الباب شيء لكان ماورد في تحريم هذا الربا كافياً مغنياً عن غيره ... "

وقد ذهب إلى عدم جواز بيع العيينة مالك وأبو حنيفة وأحمد ، وغيرهم وهو الحق ، وجوز ذلك الشافعي وأصحابه واستدلوا بما لا دلالة فيه على المطلوب .

انظر : " المغني " (٦ / ٢٦٢) " شرح فتح القدير " (٦ / ٣٩٨) " إعلام الموقعين " (٥ / ٨٠) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ١٤٣) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

باب
(الخيارات هي ثلاثة عشر نوعاً)[أ] [٣/٢٠٥]

(أ) **باب:** [في] [١]الخيارات، أقول: جمع الخيارات لتعدد أسبابه وإلا فهو في نفسه شيء واحد، ولـذا قال الشارح جنس، قال في "غريب الجامع"[٢]: الخيار اسم من الاختيار وهو طلب خـير الأمـرين، وهو على ثلاثة أضرب، خيار المجلس وخيار الشرط، وخيار النقص هذا، والمصنف عدها كما تـرى وجمعه وقد أفرده الأثمار وداخلها فجعل الثلاثة عشر أحد عشر، والشارح بنى على كلام الجـامع في أنها ثلاثة، وما عداها راجع إليها [٣/٢٠٥].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في " جامع الأصول " (١ / ٥٧٦) .

ولا يرجع تنويعها إلى أمر معقول ، لأن الخيار جنس لا يختلف إلا باختلاف متعلقه، ولا ينحصر فيما ذكر وإن أريد حصره باعتبار سببه فسببه منحصر في الجهل والنقص، وخيار الجهل منحصر في خيار الرؤية والشرط، وخيار النقص منحصر في خيار العيب، وقد توهم أن اختلاف العبارة موجب لاختلاف النوع، كما توهم أن خيار الخيانة غير خيار الغرر، وحيث قد تصدينا لشرح كلامه فلا بد من المشي معه لذلك.

فنقول: لا خلاف بين الأمة في ثبوت مطلق الخيار لحديث المصراة[أ] وحديث حبان بن منقذ وحديث الخراج بالضمان سيأتي، فكانت أصولاً يقاس عليها كما يقاس الخيار .

(**لتعذر تسليم المبيع**) [1] كما في بيع المرهون رهناً مطلقاً وبيع العبد الآبق والمغصوب على المصرة، والعيب، فإن العقد على خطر من الاستقرار، ولهذا منع المؤيد

(أ) **قوله:** حديث المصراة، أقول: يأتي في هذا الفصل، وحديث حبان بفتح المهملة فموحدة ومنقذ بضم الميم فنون ساكنة، فقاف فذال معجمة، يأتي في فصل خيار الشرط وحديث الخراج بالضمان يأتي في خيار العيب.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٣٥ - ٦٣٦) :

قد قدمنا لك أن البيع والشراء هو حصول التراضي من البائع والمشتري ، فالمشتري رضي بالعين المبيعة ، والبائع رضي بالثمن المقابل لها ، وإذا تعذر تسليم العين المبيعة ارتفع التراضي المعتبر فلا بيع ولا شراء بل وجود التراضي المتقدم كعدمه ، لأنه قد انكشف عدم وجود متعلقه الذي كان التراضي عليه ، والثمن إنما يلزم بعد وجود عين المبيع ومصيرها إلى المشتري ، فمثل هذا لا ينبغي أن يجعل من أنواع الخيار بل ينبغي أن يعد في مبطلات البيع هذا إذا تعذر تسليمه مطلقاً ، أما إذا تعذر في مدة ثم أمكن فقد دخل البائع في بيع منهي عنه ، لأنه باع ماليس عنده ، فكان من هذه الحيثية غير صحيح ، وأيضاً قد تضمن هذا البيع نوعاً من أنواع الضرر المنهي عنه فكان من هذه الحيثية أيضاً غير صحيح . وإذا لم يصح التبايع فعند عود المبيع إذا شاء تبايعا ، وإلا فهو باق على ملك البائع الأول ، ولا حكم لما وقع منهما من التبايع مع تعذر التسليم ، وبهذا تعرف أنه لا فائدة لقوله : " وهو لهما في مجهول الأمد وللمشتري الجاهل في معلومه " .

وأبو حنيفة صحته كالطير في الهواء وإنما قسناه على الموقوف بجامع أن لكل من المتعاقدين ردة، وذلك معنى الخيار إلى أن يحصل القبض فيبطل الخيار كما يلزم العقد في الموقوف .

(**و**) هذا الخيار (**هو**) يثبت (***لهما***) أي للبائع والمشتري (***في مجهول الأمد***) أي فيما جهلت فيه مدة تعذر التسليم كالمذكورات، وقال الإمام يحيى: إنما يثبت الخيار للمشتري فقط إن جهل أيضاً لا إن علم كما في المؤجر ونظّره المصنف.

قلت: والنظر مبني على صحة قياس بيع المرهون المطلق على البيع الموقوف وهو قياس فاسد؛ لأن رجوع أحد المتعاقدين في الموقوف إنما صح قبل الإجازة؛ لأن العقد كلا عقد لأنه في الحقيقة هو الإجازة بخلاف بيع المرهون، فهو عقد من أهله في محله عند غير أبي حنيفة فانعقد، وإنما امتنع التسليم لمانع وفرق بين عدم المقتضى ووجود المانع، فالقياس قول الإمام يحيى لأن ذلك في الحقيقة في خيار العيب فلا يثبت إلا للمشتري مع جهله أيضاً .

وبعد هذا تعلم إنما يثبت (***للمشتري الجاهل***) فقط كما (***في معلومه***) نحو بيع العبد المؤجر والمرهون مدة معلومة إذ لو علم المشتري بالتأجير أو الرهن لبطل خياره؛ لأن ذلك يعود من الرضى بالعيب (**و**) الخيار (***لفقد صفة مشروطة***) وهذا من خيار العيب في الحقيقة فلا وجه لجعله قسماً مستقلاً إذ المشتري إنما يشتري المبيع الموصوف فعدم الصفة عيب ونقصان في المبيع .

. . . .

---

(١) هذا نوع من خيار الغرر ، لأن المشتري لم يقف على حقيقة المبيع كما ينبغي مع مزيد الغرر باشتراطه لتلك الصفة في المبيع ، وانكشاف عدمها فلا وجه لعده خياراً مستقلاً .

(**و**) يثبت الخيار (**للغرر**) على أنواعه المتقدمة، لكن الحق أن الغـرر الموجـب للخيار ليس غرر الخطر كما نبهنا على ذلك في بيع الصر، وإنما يوجـب الخيـار غـرر التدليس (**كالمصراة**) فإنه يثبت الخيار لمشتريها، وقال أبو حنيفة[1](أ) إنما يرجع بالنقص فقط كما سيأتي له في خيار الرد بالعيب إن شاء الله تعالى ٠

(أ) **قولـه:** وقال أبو حنيفة[1]: إنما يرجع بالنقص فقط، أقول: اعلم أن التصرية هي حقن اللبن أيامـاً حتى يوهم بذلك أن الحيوان ذو لبن غزير عيب عند مالك [2]والشافعي[3] لحديث: " فإن شاء ردها وصاعاً من تمر " قالوا: فأثبت له الخيار مع الرد بالتصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً، قـالوا: وأيضاً فإنه تدليس فأشبه التدليس بسائر العيوب.

قلت: وستسمع كلام الحنفية و المصراة أيضاً هي المرادة بحديث ابن عباس عند الترمـذي[4] وقـال حسن صحيح بلفظ: " لا تستقبلوا الأسواق ولا تحفلوا " بالمهملـة والفـاء، وعنـد البـزار عـن أنس: " نهى عن بيع المحفلات " قال الترمذي في تفسير المحفلة أنها المصراة لا يحلبها صـاحبها أيامـاً ونحو ذلك ليجتمع لبنها في ضرعها فيغتر بها ٠

إذا عرفت هذا فالعلماء قد اتفقوا أن التصرية عيب للحديث الوارد، إلا عند محمد بـن الحسـن فقال: ليست بعيب، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في العمل بحديث التصرية، فذهب جمهـور [5] أهـل العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم إلى العمل بالحديث وأنها ترد المصراة ويجعل معها صاعاً مـن تمر عوضاً عن اللبن الذي استهلكه المشتري، وسواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً ٠

---

(١) " المبسوط " للسرخسي (١٣ / ٣٨ – ٣٩) ٠

" شرح معاني الآثار " للطحاوي (٤ / ٢١ – ٢٢) ٠

(٢) في صحيحه رقم (٢٥ / ١٥٢٤) ٠

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ٢٤٨ ، ٢٧٣ ، ٥٠٧) وأبو داود رقم (٣٤٤٤) والترمـذي رقـم (١٢٥٢) والنسائي رقم (٤٤٨٩) وابن ماجه رقم (٢٢٣٩) ٠ وهو حديث صحيح ٠

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٤) ٠

(٤) تقدم تخريجه ٠

(٥) انظر : " المغني " (٦ / ٢١٧) ٠

لنا حديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: " من اشترى مصراة فهو بالخيار فيها ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعاً من تمر لا سمراً " مسلم[1] من حديث أبي هريرة وعلقه البخاري[2] من حديث ابن عمر ، واتفقا[3] عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: " فمن

وخالف في ذلك الحنفية [4] وقالوا: لا ترد بعيب التصرية ولا يجب رد صاع من تمر، ولهم اعتذار عن الحديث، وذهب أهل المذهب [5] إلى أنه يرد بعيب التصرية ويرد لبنها إن كان باقياً، فإن كان قد تلف فمثله، فإن تعذر في البلد فقيمته يوم الرد في مكان الاختيار، فعملوا بالحديث في الرد وخالفوه في رد الصاع من تمر، وقال زفر: أنه يخير بين رد صاع من تمر أو نصف صاع من بر، وعن ابن أبي ليلى [6] ورواية عن مالك [7] ورواية عن الشافعي[8] أنه لا يتعين صاع التمر بل قيمته، وقيل: يعتبر قوت البلد[9]، ولا يخفاك أن هذا كله خلاف الحديث كله أو بعضه، وأسعد الناس بالحديث من قال به كله، وهم الجمهور[10] والشافعية، والشارح ظهر من بحثه أنه قوى كلام أهل المذهب في أن التصرية عيب [٣/٥٠٣].

---

(١) في صحيحه رقم (٢٥ / ١٥٢٤) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ٢٤٨ ، ٢٧٣ ، ٥٠٧) وأبو داود رقم (٣٤٤٤) والترمذي رقم (١٢٥٢) والنسائي رقم (٤٤٨٩) وابن ماجه رقم (٢٢٣٩) .

وهو حديث صحيح .

(٢) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٤) .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢١٥٠) ومسلم رقم (٢٣ / ١٥٢٤) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ٢٤٢ - ٢٤٣ ، ٣٧٩ ، ٤٦٥) .

(٤) " المبسوط " للسرخسي (١٣ / ٣٨ - ٣٩) " شرح معاني الآثار " للطحاوي (٤ / ٢١ - ٢٢) .

(٥) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٣) . (٦) " المبسوط " (١٣ / ٣٨ - ٣٩) .

(٧) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ١٨٨) .

(٨) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٧٠) . (٩) " الحاوي الكبير " (٥ / ٢٤١) .

(١٠) انظر : " فتح الباري " (٤ / ٣٦٤) .

ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر " وأما ما عند أبي داود [1]وابن ماجة[2] والبيهقي[3] " فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً " فقد ضعف بعمير [4]بن جميع [5]مختلف فيه قالوا [٣/٥٠٣] الخبر مخالف للأصول[أ] ....

(أ) **قوله:** مخالف الأصول، أقول: هذا منازع فيه، أعني رد خبر الواحد لمخالفات الأصول، وذلك أن خبر الواحد أصل برأسه يجب اعتباره؛ لأن الذي أوجب علينا اعتبار الأصول نص صاحب الشرع عليها وهو موجود في خبر الواحد، فيجب اعتباره قاله ابن دقيق العيد [6].

واعلم أن لفظ عبارة ابن دقيق العيد في "شرح العمدة"[7] والحافظ ابن حجر في "الفتح "[8]نقلاً عن الحنفية أنهم قالوا: أنه مخالف لقياس الأصول المعلومة من وجوه: الأول: أن المعلوم من الأصول أن ضمان المثليات بالمثل إلى آخر كلامهم، ثم أجاب ابن دقيق العيد ونقله في الفتح أن التوقف في خبر الواحد إنما هو في مخالفة الأصول لا في مخالفة قياس الأصول، وهذا الخبر إنما خالف قياس الأصول بدليل أن الأصول الكتاب والسنة والإجماع والقياس والكتاب والسنة في الحقيقة هما الأصل والآخران مردودان إليهما، فالسنة أصل والقياس فرع فكيف يرد الأصل بالفرع، بل الحديث صحيح أصل بنفسه فكيف يقال إن الأصل مخالف لنفسه، انتهى؟ فعرفت أن الشارح أسقط لفظة قياس ومكان القياس، نعم قد رد الحنفية على هذا الإيراد أن خبر الآحاد مظنون، وقياس الأصول المعلومة مقطوع، والمظنون لا يعارض المقطوع.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٤٦) .

(٢) في " السنن " رقم (٢٦٤٠) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣١٩) .

(٤) كذا في المخطوط وصوابه : جميع بن عمير .

" التقريب " رقم (٩٦٨) صدوق يخطئ ويتشيع .

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٥) .

(٦) في " إحكام الأحكام " (٦٩٨) .

(٧) (ص ٦٩٧ – ٧٠١) .

(٨) " فتح الباري " (٤ / ٣٦٦ – ٣٦٧) .

من وجوه: أحدها[أ]: تضمين المثل بغير مثله.

وأجاب ابن دقيق العيد[1]: بأن تناول الأصل لمحل خبر الواحد غير مقطوع به لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل، انتهى.

(أ) قولـه: من وجوه أحدها، أقول: اعلم أن الحنفية قالوا إنه خالف الحديث قياس الأصول من وجوه ثمانية نقلها ابن دقيق العيد[2] وابن حجر في "الفتح"[3]، وردها ابن دقيق العيد وابن حجر والشارح أشار إلى وجهين [4]من الثمانية، كون المثلي ضمن بغير مثله وكونه رد المعيب بعد نقصه، يوضح هذا الوجه وزيادة ما في النهاية عنهم قالوا: أنه معارض لقوله صلى الله عليه وآلـه وسـلم: " الخـراج بالضمان " [5]وهو حديث متفق [6]عليه.

قلت: أخرجه أهل السنن.

ومنها أن فيه معاوضة بيع الطعام بالطعام نسيئة، وذلك لا يجوز باتفاق.

ومنها أن الأصل في قيمة المتلفات إما القيمة وأما المثل وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمـة ولا مثلاً، قلت: لأن المثل لبن والقيمة تكون أحد النقدين.

قال: ومنها بيع الطعام المجهول أي الجزاف بالمكيل المعلوم؛ لأن الذي دلس به البائع غـير معلـوم القدر، وأيضاً فإنه يقل ويكثر والعوض هنا محدود، قال صـاحب النهايـة[7] رداً علـيهم: ولكـن الواجب أن يستثني هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث.

---

(١) في " إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (ص ٦٩٩) .

(٢) في " إحكام الأحكام " (٦٧٩ – ٧٠١) .

(٣) " فتح البار ي " (٤ / ٣٦٦ – ٣٦٧) .

(٤) [بل ثلاثة]

(٥) تقدم تخريجه وهو حديث حسن .

(٦) بل أخرجه أهل السنن وغيرهم ، ولم يخرجاه .

(٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣ / ٣٣٩) .

وثانيها: رد المعيب بعد نقصه[أ].

(أ) **قولـه:** وثانيها رد المعيب بعد نقصه، أقول: بسط هذا أنهم قالوا: إن كان اللبن التالف موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه من أصل الخلقـة، وذلـك مـانع مـن الـرد كمـا لـو ذهب بعض أعضاء المبيع ثم ظهر على عيب، فإنه يمتنـع الـرد وإن كـان هـذا اللـبن حادثـاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه، وإن كـان مختلطـاً فمـا كـان موجـوداً منه عند العقد منع الرد، وما كان حادثاً لم يجب ضمانه، قالـه ابـن دقيـق العيـد[1]، ثم سـرد لهم وجوهـاً ثمانيـة، منـها الوجهـان اللـذان ذكرهمـا الشـارح وذكـر الأجوبـة عنـها، أجمع جملة وتفصيلاً ولنذكر الأجوبة التي ذكرها عن هذه الأوجه التي ذكرها الشـارح دون مـا لم يذكر.

قـال أمـا الاعتـراض الأول فـلا نسـلم أن جميـع الأصـول يقتضـي الضـمان بأحـد الأمرين على ما ذكرتموه، فإن الحر يضـمن بالإبـل وليسـت مـثلاً لـه ولا قيمـة، والجـنين يضمن بالغرة وليست مثلاً له ولا قيمـة، وأيضـاً فقـد يضـمن المثلـي بالقيمـة إذا تعـذرت المماثلة، وها هنا تعذرت، فإن من أتلف شاة لبوناً كـان عليـه قيمتـها مـع اللـبن ولا يجعـل بإزاء لبنها لبناً آخر لتعذر المماثلة، وأما الثاني وهو أنها تعذرت المماثلة هنا فلأن ما يرده مـن اللـبن عوضاً عن اللبن التالف لا يتحقق مماثلته لـه في المقـدار، ويجـوز أن يكـون أكثـر مـن اللـبن الموجود حالة العقد، أو أقل.

وأما الاعتراض الثاني وهو رد المعيب بعد نقصه فجوابه أن يقال: متى يمتنع الرد بالنقص إذا كـان النقص لاستعلام العيب، أو إذا لم يكن الأول ممنوع والثاني مسلم، وهذا النقص لاستعلام العيب ولا يمتنع الرد به.

---

(١) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٩٩ – ٧٠٠).

وثالثها[أ]: رده مع العلم بالتصرية قبل الشراء لظاهر حديث أبي هريرة: " فمن ابتاعها بعد ذلك " أي: بعد العلم بالتحفيل، ولو سلم فالخبر ٠

محمول[ب] على أنه شرط أنها غير مصراة، فيكون ذلك من خيار فقد الصفة وادعى في حواشي ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠

(أ) **قولـه:** ثالثها، أقول: تتبعت ألفاظ حديث أبي هريرة فرأيت هذا اللفظ في "التلخيص"[1]، وعزاه إلى مسلم[2] بلفظ: " لا تصروا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد أن يحلبها " فقوله بعد ذلك واضح أن المراد من بعد أن صراها بائعها، ولا يحتمل سواه، فإنه لا تقدم لعلم البائع، فهذا الوجه الذي ذكره الشارح غير صحيح، ولذا لم يذكره ابن دقيق العيد من وجوه الطعن مع استيفائه لها، ولابن رشد في "النهاية"[3]، وقد صرح الأثمار أنه إن شراها بعد علمه بالتصرية فلا خيار.

(ب) **قولـه:** ولأن سلم فالخبر محمول على أنه شرط أنها غير مصراة، أقول: لا أصل لهذا عن الحنفية ولا يقولونه، فإن هؤلاء المحققين نقلوا عنهم أنهم ردوا الحديث ولم يسلموا ثبوته، ولا فرعوا على التسليم تأويلاً، نعم، رأيت هذا بعد ذلك عن الحنفية في فتح الباري[4]، فإنه قال: ومنهم من قال الحديث صحيح لا اضطراب ولا علة ولا نسخ، وإنما هو محمول على ما إذا اشترى شاة بشرط أنها تحلب مثلاً خمسة أرطال وشرط فيها الخيار، فالشرط فاسد، فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار صح العقد، وإن لم يتفقا بطل، ووجب رد الصاع من التمر لأنه كان قيمة اللبن يومئذ، وتعقب بأن الحديث ظاهر في تعليق الحكم بالتصرية، وما ذكره هذا القائل يقتضي تعليقه بفساد الشرط سواء وجدت التصرية أم لا، فهو تأويل ضعيف،وأيضاً فلفظ الحديث لفظ عموم، وما ادعوه على تسليمه فرد من أفراد ذلك العموم فيحتاج من ادعى قصر العموم على ذلك إلى الدليل عليه، انتهى.

---

(١) (٣ / ٥٤) ٠

(٢) أخرجه في صحيحه رقم (٢٣ / ١٥٢٤) ٠

قلت : وأخرجه البخاري رقم (٢١٥٠) وأحمد (٢ / ٢٤٢ – ٢٤٣ ، ٣٧٩ ، ٤٦٥) ٠

(٣) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٣٧ – ٣٤١) ٠

(٤) (٤ / ٣٦٦ – ٣٦٧) ٠

"شرح الإفادة"[1] الإجماع على عدم الرد من غير شرط وهو[أ] جزاف لا يسمع لأنه لم يخالف في كون المصراة معيبة إلا محمد، ومدار أحكام خيار العيب عليها عند جميع من سواه .

(**و**) مثل بيع المصراة بيع (***صبرة علم قدرها البيِّع فقط***) فإنه يثبت الخيار للمشتري على التفصيل الذي تقدم في الصبر[ة][2] والكلام الذي أوردناه عليه، وأما البائع فلا خيار له، وقال المصنف[ب]: بل يثبت للبائع إذا جهل، لأن مناط ثبوت الخيار هو الجهل، قال: ولا يجدون إلى الفرق سبيلاً، وقد تقدم الكلام على ذلك في الصبر .

(أ) **قوله:** وهو جزاف لا يسمع، أقول: هو كما قال، بل هو رد للحديث، قال في "المنار"[3] على خلاف محمد ودعواه أن التصرية ليست بعيب ما لفظه، هذا إلغاء لأحاديث المصراة الناصة على حكمها، فإن كان غفلة عن الحديث فما أبعد غفلة مثلهم عن مثله، وإن كان تقديماً للرأي والقياس على النصوص فهو الظاهر لكنه بعيد جداً، إذ هو تقديم للقياس على النص، ولو كان ظاهراً كالعموم لكان أهون.

(ب) **قوله:** قال المصنف: بل يثبت للبائع إذا جهل، أقول: أي جهل قدر الصبرة[4]، قال الشارح فيما تقدم أن قول المصنف الحق، بل قال: إن الحق أنه لا خيار في بيع الخطر كله، قال لحصول الرضى بالخطر كالرضى بالعيب كما تقدم.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٥٤ – ٢٥٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) (٢ / ٤٠) .

(٤) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٣٤ – ٦٣٥) : وهذا أيضاً نوع من أنواع خيار الغرر ، فإنه إذا لم يقف البائع على قدرها ، ولا عرف حقيقتها فبالأولى المشترى ، والخيار ثابت لهما جميعاً ولا وجه لجعله لأحدهما دون الأخر وقد قدمنا أن هذا أعني بيع الصبرة الذي هو نوع من بيع الجزاف قد خصه دليله من أحاديث النهي عن بيع الغرر ، ومالم يبطل من بيوع الغرر ، فالخيار ثابت فيه كما في بيع الصبرة والمصراة ونحوهما .

(**و**) يثبت الخيار (***للخيانة***) الواقعة من البائع (***في المرابحة و***) للخيانة في (***التولية***) نحو أن يقول رأس مالي كذا وهو أقل، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى، إلا أنه لا وجه لعد خيار الخيانة خيارين؛ لأن تعدد المحل لا يوجب تعدد الحال على أن خيار الخيانة من خيار الغرر، فليس هناك إلا التطويل .

(**و**) يثبت الخيار (***لجهل قدر الثمن أو المبيع***) نحو أن يشتري منه على ما باع من الناس، فهذا كبيع الغائب الخيار فيه من خيار الرؤية، فكان حقه أن يذكر فيها لا أن يجعل نوعاً مستقلاً، ولو فسرناه بمثال الصبرة الموصوفة لكان من خيار الغرر، فكان تكريراً للمثال لا نوعاً آخر أيضاً .

وأما قوله: (***أو***) خيار (***تعيينه***) نحو أن يشتري واحداً غير معين من ثياب أو نحوها، فقد عرفت أنه لا يصح ذلك إلا مع شرط الخيار وذلك من خيار الشرط، فلا وجه لجعله خياراً مستقلاً إذ البيع على تلك الصورة كالأمر بخصال الكفارة متعلق بكل واحد على أن الخيار في فعله أو تركه وفعل بدله، وأظهر من ذلك ما لو قال اشتريت منك هذه الثياب ولي الخيار في أخذ ما أردت منها، وفي رده لظهور تعلق البيع والخيار بكل واحد .

(**وهذه**) الخيارات الثمانية (***على التراخي*** [1]) قال المصنف: لأنها[أ] في الحقيقة

(أ) **قوله:** قال المصنف لأنها في الحقيقة.. إلخ، أقول: هذا ليس لفظه في "الغيث" ولا في "البحر" بل لفظ الغيث، واعلم أن ما كان من الخيارات لأجل النقص فإنه على التراخي ويورث، نصوا على ذلك في خيار العيب، والشيخ علي خليل في خيار فقد الصفة، وأما خيار فقد تعذر التسليم وخيار الغرر والخيانة فمقيسة على ذلك لأنها من باب النقص، وقد تكلم على ذلك متأخروا المذاكرين أعني ما كان من باب النقص فهو على التراخي ويورث، وأما خيار جهل قدر الثمن والمبيع فقيل قد

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٣٦ – ٦٣٧) لا وجه لهذا لا من دليل صحيح ، ولا من رأي مستقيم ، وأما الدليل فقد دل على أن الخيار في المصراة وفي الخديعة ثلاثة أيام ، وخيار التعيين مطلقاً حتى يختار ، وباقي =

ثابتة لظهور خلل ونقصان غرض، فالخيار[أ] فيها من خيار العيب وهو عند غير الشافعي[1] [رضي الله عنه] [2]على التراخي كما سيأتي إن شاء الله تعالى ما لم يحدث مانع من موانع الرد الآتية إن شاء الله تعالى.

أنهما يورثان وفيه نظر، وقيل: لا يورثان[3]، والأول عندي هو الأقرب، وهو الذي في "الأزهار"[4] ووجهه أن فيه شائبة النقص وشائبة التروي، لكنها إلى شائبة النقص أقرب.

(أ) **قوله:** فالخيار فيها من خيار العيب، أقول: يلزمه جعل الثمانية قسماً واحداً وهو خيار العيب، ثم غير خاف عليك أن الشارع جعل خيار المصراة ثلاثاً، وكذلك جعل لحبان[5] ابن منقذ حيث يغبن ثلاثاً إن تمَّ ذلك وإلا ففيه ما يأتي لنا قريباً، فهجر التحديد النبوي لا وجه له بل هو إلغاء له، والواجب اعتباره حيث نص عليه في المصراة والغبن، ولا يقال [٣/٥٠٤] إن هذا عمل بمفهوم العدد، لأنا نقول: بل هو عمل بالأصل، إذ الأصل نفوذه عقيب التعاقد، لكن ورد النص بالخيار ثلاثاً فاقتصرنا عليها.

وأما ما لم يرد فيه تحديد شرعي وثبت فيه صحة الرد فإلحاقه بالمنصوص كما قالته الشافعية بعيد وإطلاقه أقرب، فأهل المذهب هجروا التحديد الشرعي بالكلية والشافعية ألحقوا به ما لم يرد في تحديده نص، فأبعدوا وساروا مشرقين وأهل المذهب مغربين، وخيار الأمور تحديد ما حدده الشارع وإطلاق ما أطلقه، ويأتي زيادة على هذا.

= الخيارات المتقدمة ينبغي أن يكون إلى الوقت الذي يطلع فيه صاحبه على مالابد من الاطلاع عليه ، فإذا وقع منه ذلك ولم يفسخ فلا خيار له .

(١) " الوسيط في " المذهب " للغزالي (٣ / ١٢٤ – ١٢٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) انظر : " مفصلاً في " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٠٣ – ٤٠٤) .

(٤) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٥٥) .

(٥) أخرجه البخاري رقم (٢١١٧) ومسلم رقم (١٥٣٣) وغيرهم .

قلت: أما خيار جهل المبيع أو الثمن فقد عرفناك[أ] رجوعه إلى خيار الرؤية وهو فوري ولا يورث، وكذا عرفناك رجوع خيار [٣/٥٠٤] التعيين إلى خيار الشرط، وهو فوري ولا يورث أيضاً .

(**و**) إذا مات من له هذه الخيارات قبل إبطالها فإنها (**تورث** [١]) عنه لأنها من خيار العيب وهو يورث لما سيأتي تحقيقه من الفرق بينه وبين خيار الرؤية والشرط.

واحترز بقوله (**غالباً**) من خيار التعيين قال: لأنه كخيار الإجازة والعقد فيه موقوف، وسيأتي أنه لا يورث، وقد عرفناك أنه من خيار الشرط وهو لا يوجب وقف العقد، ولهذا يتلف من مال المشتري إذ انفرد به .

(أ) **قوله:** فقد عرفناك رجوعه إلى خيار الرؤية، أقول: أقاس المصنف ذلك في الغيث والبحر على خيار العيب كما سمعت آنفاً من كلام الغيث، وفي "المنار"[٢] الأوجه قياسه على خيار الرؤية؛ لأن الصورة المجتمعة من الثمن والمبيع غائبة عنه، فإذا تميزت أدرك حقيقتها، وأما العيب فبينهما فرق جلي وهو أن العيب نقص مستمر يأباه كل أحد، وأما قدر الثمن والمبيع فليس بمخالف للغرض على الإطلاق بل ربما أن الموافقة أكثر من المخالفة، وفرق بين ما يرد مستمراً وما يرد في حال دون حال، وأما المريء فمساو لهذا في ذلك، انتهى. فقد اتفق الشارح و"المنار"[٢] على أن خيار جهل الثمن أو المبيع من خيار الرؤية، إلا أن المنار جعله منها قياساً، وآخر كلامه أنه مساو لها والشارح جعله منها.

---

(١) إذا كان الخيار ثابتاً للبائع أو المشترى بدليل شرعي فاخترمته المنية قبل أن يقع الخيار ، وقبل أن تنقضي مدة الخيار المؤقت شرعاً ، والمؤقت بتراضي البائع والمشتري ، فلا شك أن هذا الحق الثابت يكون حقاً لوارثه ، فيثبت له ما يثبت له كسائر الحقوق ، وهكذا سائر الخيارات الآتية ، وماقيل فيه بأنه لا يورث منها فذلك رأي بحتٌ مخالفٌ لما أثبته الكتاب العزيز والسنة من ميراث الأملاك والحقوق ، ولم يأتوا في الفرق بشيء إلا بما هو هباء أو سراب بقيعة . " السيل الجرار " (٢ / ٦٣٧) .

(٢) (٢ / ٤٢ – ٤٣) .

(**ويكلف**) المشتري ووارثه (***التعيين بعد***) مضي (***المدة***) المضروبة لخيار التعيين لأنه بمضي مدة الخيار انبرم العقد في مبهم، لكن هذا إنما يحتاج إليه في المثال الأول من مثاليه[أ]، لأن العقد في الثاني انطوى على الكل فلزم بمضي المدة .

(**و**) يثبت الخيار (***لغبن صبي أو متصرف عن الغير***) وكيل أو ولي أو شريك فيما له ولاية فيه أو عبد مأذون، لكن لا يثبت الخيار بالغبن إلا إذا غبن غبناً (***فاحشاً***) قيل وهو[ب] مقدار نصف العشر، وقيل العشر[1]، وإنما يثبت الخيار لأن صحة

(أ) **قوله:** لأن العقد في الثاني انطوى.. إلخ، أقول: في شرح "الأثمار": أما المثال الثاني فالتحقيق أنه ليس من صور تعيين المبيع إذا المبيع معين وهو جملة الثياب، وإنما هي من باب خيار الشرط في بعض المبيع، وذلك لا يكون له بعد مضي المدة أن يختار ما شاء ويرد ما شاء، بل يلزم الجميع بخلاف ما إذا كان المبيع واحداً لا بعينه كما تقدم، ونسبه إلى مؤلف "الأثمار" وهو كما قال الشارح.

(ب) **قوله:** وهو مقدار نصف العشر.. إلخ، أقول: فيه أقوال خمسة هذان أو ما أجمع على أنه غبن أو ما فوق الثلث أو ما خرج عن تقويم المقومين، قال المصنف في "البحر"[2]: وهو قوي إذ لا دليل على تعيين القدر، واختاره المنار، وجزم به في " الفتح "[3] .

إن قلت: فإن اختلف التقويم؟ قلت: قال شارح الأثمار يؤخذ بالوسط من الثلاثة والأقل من الاثنين إذ هو المتيقن، وبالأقل من المتوسطين في الأربعة، قلت: واعلم أن هذه التقادير إن أريد أنه يحكم بها على المغبون ويمضى عليه البيع أو الشراء وإن كره فلا دليل على ذلك، وإن أريد برضاه فالناس مختلفون في ذلك غاية الاختلاف منهم من لا تسمح نفسه بالفلس يتركه من ماله، ومنهم من هو بخلاف ذلك فيما يتم ويجزم به إلا التقويم ويمضي عليه كارهاً أو راضياً.

---

(1) لاوجه لتقديره بمقدار معين ولا لحده بحد معلوم .

" السيل الجرار " (٢ / ٦٤٠) .

(2) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٤) .

(3) انظر " شرح الأزهار " لابن مفتاح " (٦ / ٢٦٠) .

تصرفه عن الغير مشروطة[أ] بمصلحة الغير، فإذا غبن صار تصرفه كتصرف الفضولي إنما ينفذ بالإجازة، ورَدَّ بمنع اشتراط المصلحة في صحة العقد، لأنه مصادرة، وإلا لوجب اشتراطها في عقد المالك.

[أ] **قوله:** مشروطة بمصلحة الغير، أقول: في "البحر" [1] بلا ضرر ولا إضرار، وفي "المنار" [2] الوجه في خيار من باع عنه الغير أو الصبي ولو مال نفسه أن الإذن لم يتناول بيع الغبن فيصير العقد موقوفاً إلا من باب الخيارات، فهذا مهيع واسع لا يحتاج معه إلى التكلفات، قلت: وهو متين.

وأما قول الشارح مشروطة بمصلحة الغير فإن أراد أنه لا ينقص الغبن عما تقوم به السلعة فهذا مراد صحيح، فإنه لا يُضيِّع ماله إلا السفيه وهو محجور عليه.

وأما قوله: ورد.. إلخ. فلا ندري من الراد ولم يتقدم ذكر مخالف ثم إن العقد صحيح، فلا معنى لقوله بمنع صحة اشتراط المصلحة في صحة العقد ثم ليس الكلام في المصلحة بل في أنه ليس لأحد أن يضيع مال غيره، فإن فعل فللغير الخيار فإلزامه بوجوب اشتراط المصلحة في حق المالك غير لازم لأنه تصرف في مال نفسه ولا دليل ينهض على خياره، وإن قال به جماعة كما يأتي قريباً وهو مذهب أحمد بن حنبل [3] أيضاً، فالشارح رحمه الله مشغوف بالإيراد والرد وإن فقد من يرد أو يورد سلوكاً لطريقة [4] لا خيل عندك تهديها ولا مال.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٤) .

(٢) (٢ / ٤٢) .

(٣) انظر : " المغني " (٦ / ٤٦) .

(٤) أي طريقة البحر .

(٥) أخرجه البخاري رقم (٢١١٧) ومسلم رقم (٤٨ / ١٥٣٣) وأحمد (٢ / ٦١) وأبو داود رقم (٣٥٠٠) والنسائي رقم (٤٤٨٤) ومالك في " الموطأ " (٢ / ٦٨٥ رقم ٩٨) والطيالسي رقم (١٨٨١) والبيهقي (٥ / ٢٧٣) والبغوي في " شرح السنة " (٨ / ٤٦ رقم ٢٠٥٢) والحاكم (٢ / ٢٢) والدارقطني (٣ / ٥٤ – ٥٥ رقم ٢١٧ – ٢٢٠) وغيرهم .

نعم. إذا كان الغبن لتدليس ثبت للمتصرف عن الغير وللمالك أيضاً، وعاد على خيار فقد الصفة، وثبت الخيار في العقد لكونه موقوفاً، وأما إذا باع المالك من نفسه بغبن لم يثبت له الخيار. وقال الناصر المنصور [1] ومالك: بل يثبت له الخيار إذا كان قليل البصر، لحديث[أ] حبان ابن منقذ الآتي في خيار الشرط إن شاء الله تعالى.

(أ) **قوله:** ولحديث حبان بن منقذ، أقول: هو بفتح المهملة فموحدة كما قدمنا، وكأن الشارح اختار هذا، والحديث هو ما رواه ابن عمر[2] أن " رجلاً كان يخدع في البيوع فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : "إذا بعت فقل لا خلابة " يأتي ولا دليل على إلحاق غيره به، فإن الحديث ظاهر في أنه يثبت له الخيار وإن لم يغبن، لأن فيه ثم أنت بالخيار أي إن شاء أخذ وإن شاء رد، وإن لم يكن غبن، ولأنه شرط، وذلك في صلب العقد ولا كذلك ما هنا، ولأنه اختص بهذا كما يأتي أنه أي: حبان أصابته آفة فلا يلحق به غيره ولا عموم في لفظ حديثه، نعم المالك منهي عن إضاعة ماله لحديث [3] أنه نهى عن قيل وقال وعن إضاعة المال "، ويبقى النظر هل غبنه في بيعه وشرائه من الإضاعة، فإن كان منها كان إثماً ولا دليل على عدم صحة عقده أو على أن له الخيار، ثم رأيت بعد أعوام أن الظاهرية[4] قالوا: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن إضاعة المال، قالوا: والمشتري للشيء بأكثر من قيمته والبائع له بأقل من قيمته مضيع لما له، وفصل ابن حزم فقال: هذا إذا لم يعلم قدر الغبن، وأما إذا علم قدر الغبن وطابت به نفسه فهو مأجور إذ أحسن إلى إنسان وترك له مالاً أو

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٤) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١١٧) ومسلم رقم (٤٨ / ١٥٣٣) وأحمد (٢ / ٦١) وأبو داود رقم (٣٥٠٠) والنسائي رقم (٤٤٨٤) ومالك في الموطأ (٢ / ٦٨٥ رقم ٩٨) والطيالسي رقم (١٨٨١) والبيهقي (٥ / ٢٧٣) والبغوي في شرح السنة (٨ / ٤٦ رقم ٢٠٥٢) والحاكم (٢ / ٢٢) والدارقطني (٣ / ٥٤ – ٥٥ رقم ٢١٧ – ٢٢٠) وغيرهم وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢٤٠٨) ومسلم رقم (٥٩٣) من حديث المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ: " إن الله كره لكم ثلاثاً : قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال ، وحرم عليكم رسول الله ﷺ وأد البنات ، وعقوق الأمهات ومَنْع وهات " .

(٤) " المحلى " (٨ / ٣٥٨ – ٣٥٩) .

(**و**) خيار الغبن وخيار الإجازة (**هما على تراخ**) لأن سكوت(أ) من له الإجازة ليس بإجازة ولا رد للبيع فليس بمقتض للنفوذ ولا مانع للرد كما تقدم مثله في النكاح .

(**و**) لكن هذان الخياران (**لا يورثان**) كما تورث الخيارات المتقدمة لأنها إنما ورثت لأن العقد نفذ ولم يبق لصاحب الخيار إلا حق لازم لنفوذه بخلاف الموقوف فلا نفوذ له فلا لازم له، وأما قولهم: إن عقد الفضولي يبطل بموت المالك، فقد(ب) قدمنا لك وجه النظر عليه في فصل البيع الموقوف (**و**) يثبت الخيار لأمور ثلاثة (**للرؤية والشرط والعيب**) وسيأتي لكل واحد منها فصل على حدة، وعرفناك رجوع كل ما تقدم إليها ولم يتعرض(ج) المصنف لخيار المجلس، لأنه لم يثبته من أئمتنا غير علي والباقر والصادق

أعطاه مالاً وليس السرف والتبذير وإضاعة المال وأكله بالباطل إلا ما حرمه الله تعالى، وقرر أنه إذا لم يعلم الغبن فهو بيع باطل.

(أ) **قوله:** لأن سكوت من له الإجازة، أقول: وإن علم بموجبه وإن طالت المدة ولم يفسخ ما لم يصدر منه رضا بالقبول أو ما يجري مجراه كما مضى.

(ب) **قوله:** فقد قدمنا لك وجه النظر، أقول: وقدمنا لك ما في كلامه أيضاً.

(ج) **قوله:** ولم يتعرض المصنف لخيار المجلس، أقول: لم يقل بإثباته الهادوية ولا الحنفية ولا المالكية وبينهم وبين من أثبته مناظرات وإيرادات يأتي الإشارة في الحاشية إلى شيء منها، وقد ادعوا أن حديثه منسوخ بحديث "المؤمنون على شروطهم"[1]، إلا أنه قال ابن حزم[2]: لا يصح لأنه عن كثير ابن زيد وهو مطرح باتفاق لا يحل الاحتجاج بما روي، ومن طريق أخرى عن مجهول مرسل مع ذلك، وعن عطاء مرسل، ولو سلم فهو مراد بها ما جاء [في][3]القرآن والسنة بإباحتها نصاً فقط، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل"[4] والخيار بعد

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) في " المحلى " (٨ / ٣٥٨) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

والناصر والإمام يحيى، ومن غيرهم ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وأبي بردة والشعبي والبصري وطاووس وعطاء والزهري والشافعي وأحمد وإسحق وأبي ثور محتجين بما عند الجماعة من حديث ابن عمر[1]، وعند الثلاثة من حديث ابن عمرو بن العاص[2]: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " قلنا: المراد بالمتبايعين المتساومان[أ] كما في حديث: " لا يبع أحدكم على بيع بعض "[3] ويتفرقا تفرقهما بالقولين الإيجاب والقبول ، قالوا: يكون المعنى

لزوم العقد يفسد الشرط، وبحديث التحالف عند اختلاف المتبايعين لأنه يقتضي الحاجة إلى اليمين، وذلك يستلزم لزوم العقد، ولو ثبت الخيار لكان كافياً في رفع العقد وبقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ والإشهاد إن وقع بعد التفرق لم يطابق الأمر، وإن وقع قبل التفرق لم يصادف محلاً ولا حجة في شيء من ذلك؛ لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال، والجمع بين الدليلين مهما أمكن لا يصار معه إلى الترجيح، والجمع هنا ممكن بين الأدلة المذكورة بلا تعسف ولا تكلف، قاله في " فتح الباري " [4].

(أ) **قوله:** المتساومان، أقول: لا يخفى أنه يصير الحديث بهذا التأويل لغواً لأنه معلوم أن المتساومين بالخيار، قال ابن رشد[5]: معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول، وإليه أشار الشارح بقوله كالسماء فوقنا [٣/٥٠٥].

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٠٧) و (٢١٠٩) و (٢١١٢) ومسلم رقم (٤٤ / ١٥٣١) .

(٢) أخرجه أحمد (٢ / ١٨٣) وأبو داود رقم (٣٤٥٦) والترمذي رقم (١٢٤٧) والنسائي رقم (٤٤٨٣) والدارقطني (٣ / ٥٠ رقم ٢٧) والبيهقي (٥ / ٢٧١) وابن الجارود في " المنتقى " رقم (٦٢٠) . وهو حديث حسن .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٤) (٤ / ٣٣٠) .

(٥) في " بداية المجتهد " (٣ / ٣٣١) .

إذاً بالخيار إذا لم يعقدا فيكون كالسماء فوقنا [٣/٥٠٥] ولا يصح نسبة ذلك إلى الشارع الحكيم، ثم هو حمل للبيع على المجاز[أ] بلا قرينة بخلاف حديث لا يبع بعضكم

(أ) **قوله:** حمل المبيع على المجاز بلا قرينة، أقول: ولا علاقة إن قلت: علاقة الصيرورة من باب أعصر خمراً.

قلت: لا يتم لأنه لا يعلم أن المتساومين يصيران بائعين إذ قد لا يتم بيعهما، بخلاف العصير خمراً، ثم قد عورض بأن تسميتهما بائعين بعد الفراغ من البيع مجاز أيضاً فلم قلتم الحمل على هذا المجاز أولاً؟

وأجيب بأنه مجاز قد وجدت حقيقته، فهو أقرب إلى الحقيقة من مجاز لا توجد حقيقته أصلاً عند إطلاقه على المتساومين، قلت: وعلى ما قررناه من أنه لا علاقة ولا قرينة لا يحتاج إلى المعارضة والترجيح إلا أنه قد يمنع أنه لا قرينة وسنده الأدلة التي ألجأت إلى التأويل، قال في "نهاية المجتهد"[1]: اعتمد أصحاب مالك على ظواهر سمعية وعلى القياس، فمن أظهر الظواهر السمعية قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [2]والعقد هو الإيجاب والقبول، والأمر على الوجوب، وخيار المجلس بوجوب ترك الوفاء بالعقد؛ لأن له عندهم أن يرجع في البيع ما لم يفترقا، وأما القياس فإنهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر كسائر العقود، مثل النكاح والكتابة والخلع والرهن والصلح عن دم العمد، فهذه قرائن الحمل على المجاز، إلا أنه قد رد عليهم وقيل لهم: إن الظواهر التي تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور، فلم يكن في مقابلة الحديث معكم إلا القياس، فيلزمكم أن تكونوا ممن يغلب القياس، وذلك مذهب مهجور عند المالكية أفاد هذا فيها.

واعلم أنه ذكر ابن دقيق العيد في "شرح العمدة"[3] وجوهاً ثمانية للمالكية في الاعتذار عن العمل بحديث خيار المجلس مع صحته الصحة التي لا مزيد فيها، قالوا إنه حديث خالف فيه راويه،

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٣١) .

(٢) [سورة المائدة : ١] .

(٣) " إحكام الأحكام " (ص ٦٨٠ – ٦٨٢) .

مالكاً رواه ولم يقل به، فإن كان تركه مع صحته فيكون فاسقاً فلا تقبل روايته أولاً مع علمه بالصحة، فهو أعلم بعلل ما رواه ورد بأنه يجوز أن يخالفه لمعارض راجح عنده، ولم يلزمنا تقليده في ما رآه.

بل يلزمنا قبول ما رواه وليست المخالفة توجب فسق الراوي، ثم لو هجرنا طريق رواية مالك فالحديث مروي من عدة طرق غير طريقه، قالوا: هو من الأحاديث التي تعم بها البلوى، فلا يقبل لأن إنفراد الواحد به على خلاف العادة فيرد، وردَّ بأنه إن أريد أن البيع مما تعم به البلوى فنعم، ولكن الحديث في إثبات خيار الفسخ وليس الفسخ مما تعم به البلوى في المبايعات، فإن الظاهر من الإقدام على البيع الرغبة من كل واحد من المتبايعين فيما صار إليه، فالحاجة إلى معرفة حكم الفسخ لا تكون عامة ولو سلم، فانفراد الواحد به لا يقدح به، فإن العمدة عدالة الراوي وجزمه بالرواية، وقد وجد ذلك وعدم فعل غيره به لا يصلح معارضاً لجواز عدم سماعه للحكم، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يبلغ الأحكام للآحاد والجماعة، ولا يلزم تبليغ كل حكم لجميع المكلفين.

سلمنا أنه سمعه جماعة، فيجوز أن يعرض مانع عن النقل، قالوا: هذا حديث معارض لإجماع أهل المدينة ورد بأننا لا نسلم إجماع أهل المدينة [1]على خلافه، سلمنا فالحق الذي لا يشك فيه أن عملهم وإجماعهم ليس بحجة في ما طريقه الاجتهاد والنظر وقد بين في الأصول.

قالوا: ورد في بعض الروايات للحديث ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله، فلولا أن العقد لازم لما احتاج إلى الاستقالة ولا طلب الفرار منها، ورد بأن المراد من الاستقالة فسخ البيع بحكم الخيار، وغاية ما هنا استعمال المجاز في لفظ الاستقالة، لكن جاز المصير إليه إذ قام الدليل عليه، والدليل أنه علق ذلك على التفرق، فإذا حمل على خيار الفسخ صح تعليقه على التفرق، ولأن الخيار مرتفع بالفراق، فإذا حملناه على الاستقالة فإنه لا يوقف إلا على التفرق، ولا اختصاص لها بالمجلس هذا زبدة بعض الوجوه والأجوبة، وهو أطول من هذا إلا أنه لا تحتمل التعليقة غير هذا.

(١) نعم إجماع أهل المدينة على انفرادهم ليس بحجةعند الجمهور.

انظر: " شرح الكوكب المنير" (٢ / ٢٣٧) " المحصول " (٤ / ١٦٢) " تيسير التحرير " (٣ / ٢٤٤).

بيع بعض "[1]فإنه لقرينة، ثم تسمية[أ] الإيجاب والقبول تفرقاً حملاً للفظ على نقيض معناه، لأنهما اجتماع على العقد لا تفرق فيه.

[قلنا: المراد بالمتبايعين المتساومان كما في حديث: " لا يبع بعضكم على بيع بعض " على ما فسره به أئمة الحديث[2] الغريب والفقهاء[3]، وهو إخبار بأن التراضي في المساومة لا يجب بمجرده الملك، قالوا: فيلزم وجوبه بالتفرق بعد التراضي بلا عقد.

(أ) **قولـه:** ثم تسمية الإيجاب -إلى قوله- حمل اللفظ على نقيض معناه، أقول: هذا رد لقولهم بأن المراد بتفرقهما تفرقهما بالقولين الإيجاب والقبول، ولا يخفى أن مرادهم أنه لا يفارق البائع لفظ الإيجاب والمشتري لفظ القبول، أن يوقع كل واحد لفظه ويفارقه فهو حمل على الافتراق عن الأقوال وهو خلاف المتبادر، فإنه لا يتبادر إلى الافتراق في الأبدان ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾[4].

فلما تفرقنا كأني ومالكاً *** لطول اجتماع لم نبت ليلة معاً[5]

لأنه حمل على نقيض معناه كما قاله.

وقوله: لأنهما أي الإيجاب والقبول اجتماع على العقد، يقال: بل هما نفس العقد لا أنهما شيء آخر يجتمعان عليه، ثم لو سلم أن هناك اجتماعاً فغير خاف أنه واقع عند التلفظ لا بعده، ومرادهم الثاني، وبهذا يندفع ما قيل من أن الافتراق عند إطلاقه يعود إلى ما كان فيه الإجماع، وإذا كان الاجتماع

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) انظر : " النهاية في غريب الحديث " (١ / ١٧٥) " غريب الحديث " للهروي (٤ / ١١٠) .

(٣) انظر : " الفتح " (٤ / ٣٥٤) " التمهيد " (١٢ / ٢٦٤) .

(٤) [سورة النساء : ١٣٠] .

(٥) من شعر متمم بن نويرة التميمي يرثي أخاه مالك ابن نويرة وقد أسلم هو وأخوه وقد بعث النبي ﷺ مالكاً على صدقات بني تميم .

انظر : " الإصابة " رقم (٧٧٣٣) و " أسد الغابة " رقم (٤٦٦٦) .

قلت: وهو كذلك عندي وإلا لم يبق لقوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر لأن التخير هو معنى الإيجاب والاختيار هو معنى القبول، فلا فائدة لإيجاب وقبول آخرين، فالحديث في قوة المتراضيان بالخيار قبل التفرق بالأبدان أو بالأقوال، وذلك ظاهر فيما ذهب إليه المؤيد بالله من حصول الملك بالمعاطاة مع القبض.

وأما كونه فاسداً فيأباه إيجاب الحديث المذكور للخيار قبل التفرق لا بعده -إلخ- قلنا: أو يقول أحدهما لصاحبه اختر، وذلك هو معنى قوله: اشتريت أو بعت، لأنه لا معنى للعبارتين إلا اختيار البيع والشراء، قالوا: بل المراد التخيير بعد العقد لأنه قابل به التفرق، والتفرق بلا عقد لا يوجب الملك وإن ساغ تسمية المتساومين متبايعين، قلنا: القياس على النكاح والإجارة، قالوا: قياس في مقابلة النص فلا يجوز][1].

قلنا: القياس على النكاح والإجارة. قالوا: قياس في مقابلة النص فلا يجوز.

قال المصنف: إن أجمع على صحة خبرهم فهو أقوى لا يعارضه ما ذكرنا، بل كالمطلق والمقيد والخبر أولى من القياس، ولا وجه لقوله إن أجمع على صحة خبرهم لأنه[أ] لا

في الأقوال كان الافتراق فيها، فإنه حمل اللفظ على خلاف ظاهره بلا دليل، بل الدليل قائم على حمله على الظاهر، ففي بعض روايات الحديث: " ما لم يتفرقا عن مكانهما "[2]وذلك نص في المراد.

(أ) **قوله:** فإنه لا يشترط في حجية الحديث الإجماع على صحته، أقول: نعم ما قاله الشارح وهذا الحديث في رتبة من الصحة علية، قال في "نهاية المجتهد"[3]: إنه حديث إسناده عند الجميع من أوثق

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) أخرجه أحمد (٢ / ١٨٣) وأبو داود رقم (٣٤٥٦) والترمذي رقم (١٢٤٧) والنسائي رقم (٤٤٨٣) والدارقطني (٣ / ٥٠ رقم ٢٠٧) والبيهقي (٥ / ٢٧١) وابن الجارود في " المنتقى رقم (٦٢٠) . وهو حديث حسن .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٣٠) .

يشترط في حجية الحديث الإجماع على صحته، ولهذا احتج به من نفي خيار المجلس على إطلاق خيار الشرط عن التوقيت بالثلاث كما سيأتي.

[قلت: -قد ضرب على قوله، قلت.. إلخ في نسخة الشارح- وفيه دلالة على أن التفرق يوجب الملك بالمعاطاة كما يوجبه التخيير الذي هو معنى الإيجاب والقبول باللفظ][1].

(فصل)

في خيار الرؤية (**فمن اشترى غائباً**) لم يكن رآه رؤية مبيع وقد (**ذكر**) له (**جنسه**) وقدره وما يتميز به إذ لا يكفي ذكر الجنس إلا عند المؤيد بالله [2](**صح**) البيع وقال الشافعي[3](أ) لا يصح، لنا حديث: " من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه "

الأسانيد وأصحها، حتى لقد زعم أبو محمد[4] أن هذا الإسناد يوقع العلم، وإن كان بطريق الآحاد.

قلت: فلا عذر للمصنف عن القول به، وقد قال به أئمة من أهل العلم كما تقدم.

فصل في خيار الرؤية:

(أ) **قوله:** وقال الشافعي لا يصح، أقول الشافعي[3] علق القول به على صحة حديث من اشترى شيئاً إلا أنه قال الدارقطني والبيهقي المعروف أنه من كلام ابن سيرين، وله طرق مرسلة وطريق فيها ابن أبي مريم، قال النووي[5]: اتفقوا على ضعفه، ونقل ابن حزم[6] عن الشافعي أقوالاً.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٢٤٧) .

(٣) " البيان " (٥ / ٨٠ – ٨١) .

(٤) " المحلى " (٨ / ٣٥٤) .

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣) .

(٦) في " المحلى " (٨ / ٣٤٠ – ٣٤١) .

. . . .

الأول: المنع عن بيع الغائب جملة.

والثاني: قال إنه جائز وله خيار الرؤية.

والثالث: جوازه، فإن وجد على الصفة التي وقع البيع عليها فلا خيار، انتهى. قال واحتج بعض أصحاب الشافعي في المنع من بيع الغائبات بنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر [1] " وعن الملامسة والمنابذة "[2] لا نعلم لهم حجة غيرها، ولا حجة لهم فيه لأن بيع الغائب إذا وصف عن رؤية وخبرة ومعرفة فقد صح ملكه لما اشترى، فأين الغرر وأما الملامسة والمنابذة فالملامسة لمس الثوب ولا ينظر إليه، والمنابذة طرح الرجل ثوبه إلى الرجل قبل أن يطلبه، بهذا فسرهما أبو هريرة وأبو سعيد وهما الحجة في الشريعة واللغة، وليس هذا بيع غائب بل بيع حاضر، واستدل له لحديث: "لا تبع ما ليس عندك "[3].

وأجيب بأن الغائب عند بائعه لا مما ليس عنده لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق قول القائل عندي ضياع وعندي دور إذا كان ذلك في ملكه.

فالمراد بما ليس عند المرء ما ليس في ملكه، والشارح قد جنح إلى القول بالحديث وتأيد له بأن الأصل عدم مانع بيع الغائب، وفي "نهاية المجتهد"[4] أن مالكاً وأكثر أهل المدينة أجازوا بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته، ثم قال: وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالجنس هو جهل مؤثر في بيع الشيء، فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر، فيكون من الغرر اليسير المعفو عنه، فالشافعي رآه من الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح.

(٢) تقدم وهو حديث صحيح.

(٣) تقدم تخريجه مراراً وهو حديث صحيح.

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٠١).

الدارقطني[١] والبيهقي[٢] من حديث أبي هريرة، قالوا: تفرد به عمرو بن إبراهيم الكردي مولى بني هاشم، وهو مذكور بالوضع، قلنا: هو عندهما[٣] أيضاً وابن أبي شـيبة[٤] مـن مراسيل مكحول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قالوا: فيه أبو بكر بن أبي مـريم[٥] ضعيف، قلنا: أخرج الطحاوي[٦] والبيهقي[٧] من طريق علقمة بن وقـاص أن طلحـة[أ]

(أ) **قولـه:** أن طلحة اشترى من عثمان مالاً، أقول: قال شارح الأثمار بعد أن ساق هذه الرواية: هـذا الحديث على هذه الرواية واضح الدلالة لا إشكال فيه.

وأما [ما][٨] على رواية من روى أنهما تناقلا بأرضين أو دارين أحدهما بالمدينـة والآخـر بالكوفـة

---

(١) في " السنن " (٣ / ٤ رقم ١٠) وقال : عمر بن إبراهيم يقال له الكردي يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح لم يروها غيره ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله " .

ثم نقل الآبادي في " التعليق المغني : قول ابن القطان : " والراوي عن الكردي ، داهر بن نوح ، وهو لايعرف " .

(٢) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٦٨) وقال الذهبي في " المغني " رقم (٤٤١٨) إن إبراهيم الكـردي : كذاب ، وقال عنه الخطيب في " التاريخ " (١١ / ٢٠٢) كان غير ثقة ، يروي المناكير عن الأثبات " .

وانظر : " الميزان " (٣ / ١٧٩ رقم ٦٠٤٤) .

(٣) أخرجه الدارقطني في " السنن " (٣ / ٤ رقم ٨) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٦٨) وقال : " هـذا حديث مرسل وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف ، قاله لي . أبو بكر بن الحارث وغيره ، عن علي بن عمـر أبي الحسـن الدارقطني الحافظ رحمه الله .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣) .

(٥) ضعفه أحمد وغيره لكثرة مايغلط ، وكان أحد أوعية العلم ، وقال ابن حبان رديء الحفظ : لا يحتج به إذا انفرد .

وقال ابن عدي : أحاديثه صالحة .

" الميزان " (٤ / ٤٩٧ رقم ١٠٠٦) .

(٦) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣) .

(٧) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٦٨) .

(٨) زيادة من نسخة أخرى .

اشترى من عثمان مالاً فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال عثمان: لي الخيار لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره فحكّما جبير[1] بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان.

قالوا: ليس بإجماع، قلنا: إن سلم[أ] ضعف الحديث فالأصل عدم مانع بيع الغائب بعده إطلاق ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ قالوا: المانع أحاديث النهي عن الغرر تقدمت،

فقيل لعثمان: أنه مغبون إلى آخر القصة ففيها إشكال إذ كلاهما مبيع وأحدهما غائب، ولا وجه لقبول الخيار لطلحة دون عثمان، ثم نقل عن "الغيث" توجيهاً للرواية، نعم احتج الحنفية[2] بما رواه سعيد بن المسيب أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا: وددنا أن عثمان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جَدًّا[3]، في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرساً بأرض له أخرى وأربعين ألفاً وأربعة آلاف، ثم قال: وفيه بيع الغائب مطلقاً، وذكره في "النهاية"[4] لابن رشد.

(أ) **قوله:** قلنا إن سلم ضعف الحديث أقول: أي حديث أبي هريرة بأنه من شرى غائباً فله الخيار، فالأصل عدم مانع بيع الغائب، [أقول][5] ولا يخفى أن الأولى أن يقول ويؤيد الحديث أن الأصل صحة بيع الغائب، قال ابن حزم[6]: ومما يبطل قول الشافعي أنه لم يزل المسلمون يتبايعون الضياع بالصفة وهي في البلاد البعيدة، وقد باع عثمان إلى ابن عمر مالاً بخيبر بمال لابن عمر بوادي القرى [٥٠٦/٣].

---

(١) انظرها في " التخيص " (٣ / ١٣) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٢٤٢ – ٢٤٣) .

(٣) [حظاً] .

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٠١ – ٣٠٢) .

(٥) زيادة من نسخة اخرى .

(٦) " المحلى " (٨ / ٣٤١) .

قلنا [٣/٥٠٦] [أ] الغرر ينتفي بإثبات الخيار قياساً على بيع الصبرة.

وأما قول[ب] الأصحاب أن الحديث رواه أهل البيت والرواية تعديل فإنما يكون تعديلاً ممن علم أنه لا يروي إلا عن عدل، وهذا شرط أعز من بيض[١] الأنوق، للعلم برواية كل إمام عن الضعفاء، ثم غاية التعديل ما علمت جارحاً، والجارح يقول: علمت فخبرهُ مثبت والمعدل ناف والمثبت أرجح من النافي، فلهذا صرحوا بأن الجارح أولى وإن كثر المعدل.

(و) إذا صححنا شراء الغائب كان (له رده) بخيار الرؤية كما دل عليه الحديث سواء وجده على ما وصف أو لا.

وقال في "المنتخب"[٢] وأبو العباس إذا وجده كما وصف فلا خيار لنا، إطلاق

(أ) **قوله:** قلنا:الغرر ينتفي بإثبات الخيار، أقول:قدمنا لك عن ابن حزم أنه لا غرر بعد الوصف للمبيع،فلو وجده المشتري كما وصف البائع فلا خيار له،وتقدمت للشافعية أدلة غير هذا وتقدم ردها.

(ب) **قوله:** وأما قول الأصحاب.. إلخ، أقول: لم أجد هذا هم في نفس هذا الحديث وكأنه لما علم من قاعدتهم الكلية التي ذكرها المهدي[٣]، ولا شك أن الحق ما قاله الشارح، وقوله: أعز من بيض الأنوق هو بوزن صبور الغراب أو الرخمة أو طائر أسود أصلع الرأس أصفر المنقار وهو أعز من بيض الأنوق لأنها تحرزه ولا يكاد يظفر به لأن أوكارها في القلل الصعبة، قاله في "القاموس"[٤] ثم عدَّ لها خصالاً عشراً.

---

(١) قالوا : الأنوق الرخمة ، وعز بيضها لأنه لا يظفر به ، لأن أوعارها في رؤوس الجبال والأماكن الصعبة البعيدة . انظر : " مجمع الأمثال " (٢ / ٣٩٠) .

(٢) المنتخب للإمام الهادي يحيى بن الحسين الهاشمي اليمني جمعه تلميذه : محمد بن سليمان الكوفي . " مؤلفات الزيدية " (٣ / ٦١ رقم ٣٠٢٦) .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٢٦٨) . (٤) " القاموس المحيط " (ص ١١١٧) .

إثبات الخيار في الحديث، قالوا: يصح التقييد والتخصيص بالقياس إذ لا يثبت الخيـــار إلا لجهل أو نقص والنقص(أ) منتف والجهل قد ذهب بالرؤية.

وإنما يثبت له الرد (**عقيب رؤية**) أي بلا فصل بين الرؤية والرد لا لو تراخى فإنه يبطل الرد، لأنه مؤقت بإذا رآه إلا أنه لا يبطل الخيار بعد الرؤية إلا إذا كانت (**مميزة**) [و](1)لكنها لا تكون مميزة إلا إذا كانت (**بتأمل لجميع**) أجزاء (**غير المثلي**) أو المثلي المختلف أيضاً لا المستوى فيكفي رؤية بعضه (**إلا ما يعفى**) عن رؤيته في العادة.

(**و**) أما قوله إن هذا الخيار (**يبطل بالموت**) (2) فلأنه ليس من خيار العيب بل من خيار التروي كالشرط(ب) .

(أ) **قوله:** والنقص منتف والجهل قد ذهب بالرؤية، أقول: هذا هو الصواب، وحديث فله الخيـــار إذا رآه، لو صح لكان المراد إذا رآه على خلاف ما وصف له.

(ب) **قوله:** كالشرط، أقول يأتي الخلاف في الشرط لمالك (3)والشافعي(4) فإنهما يقولان لا يبطل

---

(1) زيادة من نسخة أخرى .

(2) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٤٢) :

وأما قوله : " ويبطل الموت " فهو غير مستقيم على قواعدهم التي يعملون عليها لأن الخيار حق ثابت لصاحبه ومجرد موته لا يصلح سبباً لبطلانه على وارثه ، والحق كالملك في انتقاله عن الميت إلى وارثه ، فلا بد من وجود مخصص لهذه الكلية الثابتة بعمومات الكتاب والسنة وبالإجماع على الجملة .

وأما بطلانه بالإبطال بعد العقد فوجهه أنه حق له وهو مفوض فيه ، وأما كونه يبطل بالتصرف فلكونه مشعراً بالرضا به ، ولا وجه للفرق بين التصرف به والاستعمال ، لأن كلا منهما مشعر بالرضا بالمبيع ، وهكذا لا وجـه لبطلانه بالتعيب والنقص عما شمله العقد إلا أن يكون ذلك بفعل من له الخيار ، فإنهما يشعران بالرضا بـالمبيع ، ولا فائـدة لقوله : " وجس ما يُجَسّ " لأن ذلك قد دخل تحت قوله : " يتأمل لجميع غير المثلي " والتأمل هو كل شيء يحسبه ، وبما يهتدي به إلى معرفته والجس هو بمعنى التأمل لما يُجَس .

(3) انظر : " التهذيب في اختصار المدونة " (٣ / ١٧٧) .

(4) " روضة الطالبين " (٣ / ٤٣٩) .

(**و**) يبطل أيضاً باختيار (***الإبطال***) من المشتري لا عن شرط عليه وإلا بطل العقد لرفع الشرط[أ] موجبه، وإنما يبطله الإبطال إذا وقع (***بعد العقد***) لا قبله، لأن سبب استحقاقه العقد فالإبطال قبله كإسقاط الشفعة قبل البيع لا يصح كما سيأتي، وقال الإمام يحيى[1] بل ولا يصح قبل الرؤية أيضاً ولو بعد العقد لأنه[ب] إنما يستحق بالرؤية، ولهذا يبطل بالموت قبلها (***وبالتصرف***)[ج] فيه ببيع أو نحوه (***غير الاستعمال***) له قبل

بالموت، ويأتي للشارح الرد عليهما وإلحاق خيار الرؤية بالشرط صحيح على ما يأتي له، إلا أن الدليل في بطلان خيار الشرط بالموت هو استحالة علم ما في نفس العاقد، وهي حاصلة هنا، فلتكن هي الدليل لا الإلحاق بخيار الشرط، وفي المنار يحتمل أن من خالف في خيار الشرط وهو مالك والشافعي يخالف هنا أيضاً.

(أ) **قوله:** لرفع الشرط موجبه، أقول: إذ من موجبات العقد ثبوت خيار الرؤية، فلو شرط عدمه بطل العقد، وقياس ما أسلفناه أنه يلغو الشرط ويصح العقد، وهو قول أبي طالب كما في الأثمار عن الزوائد.

(ب) **قوله:** لأنه إنما يستحق بالرؤية، أقول: أجاب عنه في شرح الأثمار بأن خيار الرؤية سببه العقد وقد حصل، والرؤية شرط فيصح إبطاله بعد حصول سببه وإن تأخر شرطه كما يصح الإبراء من المهر كله قبل الدخول.

قلت: الحق أن سبب ثبوت خيار الرؤية العقد فإنه بالعقد ملك العين وثبت له خيار الرؤية وثبت له إسقاط ما هو له، وسبب إبطاله ثبوته فيصح قبل الرؤية أن يبطله من ثبت له.

(ج) **قوله:** وبالتصرف غير الاستعمال، أقول: أهمل الشارح دليل الأمرين، والأول دليله أن التصرف يشعر بالرضا بالمبيع، وأما الاستعمال فإنه قد يحصل في غير العين المملوكة كالمستعار والمؤجر والمباح، فلا يكون الاستعمال دليلاً على الرضا، وقد يقال: معلوم أن المستعار والمؤجر يراد منهما إلا الاستعمال، وأما العين المملوكة فإن استعملها المشتري فقد رضيها وإلا فليس له ذلك، ثم التفرقة

---

(1) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٢) .

الرؤية نحو أن يركب الدابة ليلاً أو يزرع له الحرث الغائب عنه أو نحو ذلك (**وبالتعيب**) في يده قبل الرؤية.

قال المصنف: لأنه إن رد مع أرش فلا قائل به، ودونه ظلم وفيه نظر، لأن خيار الرؤية من خيار الشرط، وإنما اختلفا في أن الشارط في أحدهما هو الشارع، وفي الآخر هو العاقد، وقد صح الرد بالعيب الحادث في يد الشارط في المدة وشرط[أ] الشارع أولى بأن يرد فيه قبل الرؤية.

(**و**) يبطله (**النقص**) الحاصل بعد القبض (**عما شمله العقد**) لأنه كخيار الشرط إذا انفرد به المشتري تلف وتعيب من ماله.

واحترز بقوله (**غالباً**) عن نقصان المصراة باستهلاك لبنها، فإنه لا يمنع الرد للحديث بناء على أن ردها من الرد بخيار الرؤية، وقد عرفت[ب] أنه من الرد بالعيب، ولهذا كان على التراخي.

بين التصرف والاستعمال يحتاج إلى تفرقة وضابط.

(أ) **قوله:** وشرط الشارع، أقول الشارع جعل له ذلك مهما بقي المبيع على حاله، فإن تغير فليس هو بالمبيع الذي شرط الشارع فيه الرؤية، إلا أنه استدلال بنفس المذهب [ولله الحمد وله المنة][1].

(ب) **قوله:** وقد عرفت أنه من الرد بالعيب، أقول: حذف الأثمار لفظ غالباً قال شارحه: إنما حذفه لأن المصراة لا ترد بالرؤية، إنما ترد بالتصرية فكانت لفظة غالباً موهمة أن يفسخ بخيار الرؤية، ولو كان قد استهلك لبن المصراة أو نقص وليس كذلك، وإنما يردها بالغرر بالتصرية، ويرد مثل اللبن أو قيمته كما سلف.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(**و**) يبطل الخيار (***حبس ما يحبس***) كالغنم المشتراة للحم، لأن ذلك رؤية مميزة (***وبسكوته عقيبها***) لما عرفت من أن الخيار مؤقت بوقت الرؤية والمؤقت يسقط بانقضاء وقته إلا لدليل كالقضاء •

(**و**) يبطل أيضاً (***برؤية من الوكيل***)، وقال الناصر والإمام يحيى [١] والشافعي [٢] رؤية الوكيل لا تبطل خيار الموكل، كما لا يلزمه غبن الوكيل كما تقدم•

وقلنا: الخيار هنا للوكيل لتعلق [أ] الحقوق به، ولا خيار للموكل رأساً لأن الخيار لمن اشترى، والمشتري هو الوكيل، قالوا: فيلزمه غبن الوكيل فيبطل خيار الغبن (***لا الرسول***) لقبض المبيع فلا تبطل برؤيته خيار المرسل اتفاقاً، وإنما فرقنا بينه وبين الوكيل لعدم تعلق الحقوق بالرسول كما تتعلق بالوكيل،قلت: أما لو كان رسولاً للرؤية لكان مفوضاً إليه الخيار فيلزم خياره كالوكيل ولا محيص عن لزوم غبن [ب] الوكيل أو التزام مذهب الناصر [٣] والشافعي [٤] •

(أ) **قوله:** لتعلق الحقوق به، أقول: لا يصلح جواباً عنهم لأنهم غير قائلين بتعلق الحقوق بالوكيل، وقد نصر الشارح ذلك فيما يأتي.

(ب) **قوله:** عن لزوم غبن الوكيل، أقول: أي: إذا غبن لزم الموكل ومضى البيع وهو خلاف ما سلف قريباً من ثبوت الخيار بغبن من تصرف عن الغير، والحق أنه لا لزوم لما سمعت عن "المنار" [٥] من أنه لا يوكل ويأذن إلا ما لا غبن فيه، فالعقد موقوف لا من باب الخيارات [٣/٥٠٧].

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥١ – ٣٥٢) •

(٢") " روضة الطالبين " (٣ / ٤٥٦) •

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٢) •

(٤) انظر : " البيان " (٥ / ٨٧) •

(٥) (٢ / ٢٧) •

(**و**) يبطل [٥٠٧/٣] خيار الرؤية بالرؤية (**لبعض**) من المبيع بشرط أن (**يدل على الباقي**) لأنه مستوي الأجزاء (**و**) يبطل الخيار برؤية (**متقدمة**) على الشـراء إذا كانت (**فيما لا يتغير**) حاله [فيما] [(١)] بين الرؤية والشراء عــادة (**و**) المشــتري (**له الفسخ**) [(٢)] للبيع (**قبلها**) أي قبل الرؤية، سواء علم أنــه موافــق للوصــف أو مخالف، قالوا: إذ هو إسقاط فيصح في المجاهيل، وفيه نظر؛ لأن صحة إسقاط اســتحقاق قبض المبيع لا يستلزم إسقاط استحقاق [(أ)] البائع لقبض الثمن لأنه لزم بالعقــد مشــروطاً بالرؤية لا بغيرها، فالفرق بينه وبين ما إذا انفرد المشتري بخيار الشرط واضح، فينبغي أن يكلف الرؤية كما يكلف التعيين، كما تقدم لاشتراكهما في أن تمام حق البايع متوقف على كل واحد منهما .

(**و**) إذا حصلت في المبيع فوائد فرعية بعد قبضه، وقبل رؤيته ككسب العبد ونحوه مما ليس ناشئاً عن ذات المبيع فإن للمشتري (**فرعية مما قبض وإن رد** [(٣)]) بناء على

(أ) **قولـه:** استحقاق البائع لقبض الثمن، أقول: قد يقال لا يستحق قبض الثمن إلا بعد نفــوذ البيــع وسقوط الخيار، وأما قبض المشتري للبيع فيستحقه بالعقد لينظره هل له فيه خيار أم لا إلا أن هذا لا يوافقه ما تقدم في قوله، ويقدم تسليم الثمن إن حضر المبيع إلا أن يقيد حضوره بالرؤية المميزة الــتي يسقط معها خيار الرؤية.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٤٣) :

مخبط على غير قياس ، فإن المناط عندهم هو أن يوجد المبيع غير مطابق لغرض المشتري ، وقبل الرؤية لا حصول لهذا المعنى .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٣٤) :

فلا وجه له لأن الرد قد كشف أن المبيع باق على ملك البائع وفوائده تابعة لأصله . وما عللوا به لمثل هذا غير صالح لتسويغ حال الغير بغير طيبة من نفسه .

أنه بالقبض يضمنه ويتلف من ماله ليكون الخراج بالضمان كما سيأتي[أ] في فوائد المعيب؛

(أ) **قولـه:** كما سيأتي في فوائد المعيب، أقول: يأتي للشارح تقوية كلام الشافعي أن الأصلية والفرعية للمشتري، ويأتي له في خيار الشرط مثل ما هنا فقد خالف في الموضعين فقوله: كما إذا انفرد به في خيار الشرط لا يصح لأهل المذهب، لأنهم يقولون: هي -أي الفوائد- في خيار الشرط لمن استقر له الملك فرعية كانت أو أصلية، والشافعي يخالف هنا أيضاً.

وفيما يأتي في فوائد المعيب كما في شرح الأثمار عنه، ويقول إنها للمشتري، والقاضي زيد عكس هذا، فقال: يرد أن للبائع هنا كما في خيار الشرط، قال في الغيث: لنا القياس على خيار العيب وشبهه، أقوى من شبهه بخيار الشرط والجامع بينه وبين خيار العيب أن كل واحد منهما يثبت بغير شرط.

والجامع بينه وبين خيار الشرط عند القاضي زيد أن كل واحد منهما من باب النظر، انتهى.

قلت: وهذه فروع يتوقف فيها أولو التقوى، فإنه لا دليل على هذه التفاصيل غير هذه الأقيسة الشبهية ولا يحصل بها ظن للحكم لمن عرف الأصول، والأقرب قول الشافعي عملاً بالحديث، ويأتي الكلام عليه.

فائدة: في شرح "الأثمار "[١]اعلم أن الخيارات تنقسم إلى ما ترد معه الفوائد الأصلية [٢]والفرعية[٣] كخيار الشرط، وإلى ما ترد معه الأصلية دون الفرعية كخيار العيب، وإلى ما ترد فيه الأصلية وفي الفرعية الخلاف كخيار الرؤية، هكذا في الغيث.

قلت: هو تحصيل لكلام أهل المذهب فالخلاف بينهم.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٨٣ - ٢٨٤) .

(٢) قال ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٢٨٥) وأما الفوائد الأصلية كالصوف والولد والتمر فإنه يلزمه ردها إذا فسخ ذكره أبو مضر .

(٣) والفوائد الفرعية خمس : الأجرة والكسب ومهر الثيب مطلقاً والزرع ومهر البكر قبل الدخول .
وقيل والأصلية : الولد والصوف واللبن ومهر البكر بعد الدخول ، وأرش الجنايات .
" شرح الأزهار " (٦ / ٢٨٤) .

لأنه منفرد بالخيار كما إذا انفرد به في خيار الشرط (**و**) إذا اختلف البائع والمشتري في حصول الرؤية وعدمه كان (***القول له***) أي: للمشتري (***في نفي***) الرؤية (***المميزة***) ونظره المصنف حيث قد اعترف بالرؤية، قال: لأن الظاهر أنه قد ميز وفي النظر نظر لأن الاعتراف بالأعم لا يستلزم الاعتراف بالأخص، والمانع للرد إنما هو الأخص .

(**و**) إذا اختلفا بعد الرؤية هل فسخ المشتري أم لا فالقول (***للبائع في نفي***) إيقاع المشتري (***الفسخ***) هو ليلزمه البيع بناء في الصورتين على أن الأصل هو العدم، وقيل: أما في الأخيرة فالقول للمشتري في إيقاع الفسخ؛ لأن اليد له عليه، والقول قول ذي اليد، وأجيب بأن الكلام فيما بعد وقت الرؤية ولا يدله بعد انقضاء الوقت.

(فصل)

(**و**) خيار الشرط (***يصح ولو بعد العقد***) لأنه كالزيادة المعلومة، وقد تقدم أنها تلحق بالعقد (***لا قبله***) لأن الزيادة فرع وجود المزيد، وكان شيخنا رحمه الله تعالى يقول: إذا جرى العرف[أ] بتقدمه لحق (***شرط الخيار***) .

فصل وخيار الشرط

(أ) **قوله:** إذا جرى العرف أقول في البحر لا يصح تقدمه على العقد إجماعاً قال: لأنه صفة فامتنع تقدمه عليه.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٩) .

لكن إنما يصح اشتراطه (**مدة معلومة**) لئلا يلزم الجهالة في العقد لعدم استقراره كما تقدم في الشروط المقارنة للعقد فيفسد، وسواء طالت المدة أو قصرت، وقال زيد[١] والفريقان وزفر لا يثبت خيار الشرط إلا ثلاثاً فقط، احتج المصنف بما عند الجماعة من حديث ابن عمر[٢] وعند الثلاثة من حديث ابن عمرو بن العاص[٣]، كلهم في خيار المجلس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يكون البيع خياراً " وفي رواية[٤] "إلا بيع الخيار"، وفي حديث ابن العاص إلا أن تكون صفقة خيار، قالوا: الاحتجاج بذلك وهمٌ مبني على أن المراد بقوله أو يكون البيع خياراً، وبقوله إلا أن تكون صفقة خيار هو التأجيل وليس كذلك[أ]، بل المراد أنهما إذا تبايعا بيعاً مطلقاً كان لهما

(أ) **قوله:** وليس كذلك، أقول في غريب الجامع أن معناه إلا بيعاً شرط فيه الخيار فلا يلزم بالتفرق، وقيل: معناه إلا بيعاً شرط فيه نفي خيار المجلس فيلزم بنفيه عند قوم هذا لفظه، والأول هو الذي أراده المصنف واستدل به، فقول الشارح إنه وهَمٌ فإنه أحد الاحتمالين في الحديث كما عرفت، فكلامه صحيح باعتبار أحد احتمالي الحديث، وهذا الاحتمال ذكره في "فتح الباري"[٥]، ولفظه وقيل هو استثناء من انقطاع الخيار بالتفرق، والمراد من قوله يخير أحدهما الآخر أي فيشترط الخيار مدة معينة فلا ينقضي الخيار بالتفرق، بل يبقى حتى تمضي المدة، حكاه ابن عبد البر [٦]عن أبي ثور، انتهى.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٧) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢١٠٧) و (٢١٠٩) و (٢١١٢) ومسلم رقم (٤٤ / ١٥٣١) وأحمد (٢ / ١١٩) وقد تقدم .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢١٠٩) .

(٥) (٤ / ٣٣٣) .

(٦) في " التمهيد " (١٢ / ٢١٦) .

المجلس إن لم يقل أحدهما لصاحبه فيه بعد العقد اختر كما ثبت بهذا اللفظ في رواية[1] متفق عليها، وذلك مبين أن الاستثناء في "إلا صفقة خيار" استثناء من المقيد لا من القيد كما توهم أن المراد إلا أن تكون صفقة خيار، فإنه يثبت بعد التفرق، وإنما المراد أنهما بالخيار إذا سكتا بعد العقد عن ذكر التخيير فإن تخايرا قبل التفرق لم يحتج إلى التفرق كما يحقق ذلك ما عند النسائي [2]من حديث سمرة بن جندب بلفظ: " ويتخايران ثلاث

نعم يرد على المصنف أنه لا يقول بحديث خيار المجلس، وقد استدل هنا ببعضه كما ترى كيف وهو مع الحنفية في تأويله، وقد قالوا بنسخه في أحد التأويلات؟ وإذا عرفت أنه يحتمل الأمرين فالمتعين هو النظر إلى الأرجح منهما وألفاظ الحديث فيها ما لم يتفرقا أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما المبيع فقد وجب البيع، فجعله صلى الله عليه وآله وسلم الخيار قسيماً للتفرق في إمضاء البيع يدل على أرجحية ما قاله الشارح، ومثله: ما لم يتفرقا أو يختارا، وكذلك ما ذكره من الألفاظ فإنها دالة بالضرورة على أن المراد بالخيار إنما هو التخيير من أحدهما للآخر فقط.

وقوله: استثني من المقيد أي من قوله وهو بالخيار لا من القيد، وهو قوله ما لم يتفرقا، ورأيت بعد هذا في "فتح الباري "[3]ما لفظه: أنه قال الجمهور وبه جزم الشافعي إنه استثناء من امتداد الخيار إلى التفرق والمراد أنهما إذا اختارا إمضاء البيع قبل التفرق لزم البيع حينئذ وبطل اعتبار التفرق بالتقدير إلا البيع الذي جرى فيه التخاير، قال النووي[4]: اتفق أصحابنا على ترجيح هذا التأويل وأبطل كثير منهم ما سواه وغلطوا قائله، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٢١٠٧ ، ٢١٠٩) ومسلم رقم (١٥٣١) .

(٢) في " السنن " رقم (٤٤٨١ ، ٤٤٨٢) .

(٣) (٤ / ٣٣) .

(٤) في " شرحه لصحيح مسلم " (١٠ / ١٧٤) .

" قلنا: ثبت في المتفق عليه من حديث ابن عمر [1]أن رجلاً كان يخدع في البيوع، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " إذا بعت فقل[أ]: "لا خلابة" وهو

(أ) **قوله:** فقل لا خلابة[2]، أقول: بكسر المعجمة لا خداع، ومنه خلبت المرأة قلب زوجها إذا خدعته بألطف وجه، فلا لنفي الجنس أي: لا خديعة في الدين، فإن " الدين النصيحة"[3]، وفي الإمداد شرح الإرشاد اشتهر شرعاً أن لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام، وما أدري عن صحة ما قاله وما أظنه إلا اشتهر في ذهنه لمذهبه .

وبعد أعوام رأيت لابن حزم في كتابه "المحلى"[4] ما لفظه ليس في الخبر أي خبر حبان بن منقذ بيع وقع بخيار على المتبايعين لأحدهما أو لهما، انتهى.

وصدق ليس فيه إلا أنه رضي ما شرا وأنه لم يغبن فيه، فقد مضى البيع وإن رأى أنه غبن فيه أرجعه فهو من باب خيار الغبن لا من باب خيار الشرط، فلا يتم به الاستدلال لا في ثبوت خيار الشرط ولا في المدة، وبقي لمن أثبت خيار الشرط أدلة على إثباته منها: خبر المصراة وأنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل لمشتريها الخيار ثلاثاً، ورد هذا الاستدلال بأن الخيار في المصراة جعله الشارع للمشتري رضي البائع أو كره على أنه من خيار العيب، فكيف يستدل به على بيع اتفق فيه البائع والمشتري على الرضا بشرط الخيار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما، فلا دليل فيه على أن أهل المذهب والحنفية قد ردوا خبر المصراة [5]كما ردوا خيار المجلس، ثم وصلوا إلى هنا واستدلوا بهما وهذا ليس من

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١١٧) ومسلم رقم (٤٨ / ١٥٣٣) وأحمد (٢ / ٦١) وأبو داود رقم (٣٥٠٠) والنسائي رقم (٤٤٨٤) ومالك في " الموطأ " (٢ / ٦٨٥ رقم ٩٨) والطيالسي رقم (١٨٨١) والبيهقي (٥ / ٢٧٣) والبغوي في " شرح السنة " (٨ / ٤٦ رقم ٢٠٥٢) وابن الجارود رقم (٥٦٧) والحميدي (٢ / ٢٩٢ رقم ٦٦٢) والدارقطني (٣ / ٥٤ – ٥٥ رقم ٢١٧ – ٢٢٠) والحاكم في " المستدرك " (٢ / ٢٢) كلهم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٥١٥) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) في " المحلى " (٨ / ٣٧٢) .

(٥) تقدم ذكره .

الإنصاف ولا العمل بالأدلة، واستدلوا بحديث النهي عن تلقي السلع وأنه جعل صلى الله عليه وآله وسلم الخيار للبائع إذا دخل السوق، وردَّ بأنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل الخيار للبائع رضي المشتري أم كره ولم يشترطاه في [٣/٥٠٨] العقد فلا حجة لهم فيه واستدلوا بحديث أنس أن رجلاً شرى بعيراً واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع وقال: " لا إنما الخيار ثلاثة أيام " واستدلوا بحديث مرسل عن الحسن مثل حديث أنس، ورد بأن الأول من طريق أبان بن يزيد الرقاشي وهو هالك مطرح والثاني فيه رجل مجهول.

وإذا عرفت هذا فإنه ما ثم دليل ناهض على ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما، وعليه بنى ابن حزم، وقال مسألة [1]كل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما خيار ساعة أو يوم أو ثلاثة أيام أو أكثر فهو باطل، وقد رد أدلة من أثبته بما ذكرنا.

ثم قال: ونسألهم عن بيع الخيار هل زال ملك بائعه عنه وملكه المشتري أم لا؟ إذا اشترط الخيار لهما أو للبائع فإن قالوا لا فهو قولنا، وصح أن لا بيع هناك أصلاً، لأن البيع نقل ملك البائع وإيقاع ملك المشتري، وإن قالوا: نعم قلنا: الخيار لا معنى له ولا يصح في شيء قد صح ملكه عليه، فإن قالوا: قد باع البائع ولم يشتر المشتري بعد، قلنا: هذا تخليط وباطل لا خفاء به إذ لا يكون بيع، وهناك بائع ومبتاع وانتقال ملك، وهذا إن كان الخيار للبائع فقط فمن المحال أن ينعقد بيع على المشتري ولم ينعقد ذلك البيع على البائع، وإن كان الخيار لهما وللأجنبي، فهذا بيع لم ينعقد على بائع ولا مبتاع، فهذا باطل، قال: والقوم أصحاب قياس بزعمهم، وقد أجمعوا أن النكاح لا يجوز فيه الخيار، فهلا قاسوا عليه البيع وسائر ما أجازوا فيه الخيار، كما فعلوا في معارضة السنة بهذا القياس نفسه في إبطال الخيار بعد عقد البيع قبل التفرق فلا النص التزموا ولا القياس طردوا، انتهى. ولا يخفى قوة هذا القول وإن زعم من زعم أنه خلاف الإجماع فإنه ليس له سماع، ووجه قوته أن إثبات جواز الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبي حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي ولم يتم على جوازه دليل كما عرفت، والأصل في البيع نفوذه مع تكامل شرائطه.

---

(١) ابن حزم في " المحلى " (٨ / ٣٧٠).

عند أحمد(١) وأصحاب السنن(٢) والحاكم (٣)من حديث أنس وهو ظاهر في اشتراط الخيار بغير التوقيت المذكور، قالوا يلزمكم ثبوته مدة مجهولة كما قال الحسن بن صالح وابن شبرمة أنه يتأبد الخيار، ولا تقولون به ، وأيضاً هو مطلق [٥٠٨/٣] مقيد بما عند الحميدي في مسنده (٤)والبخاري في "تاريخه"(٥)، والحاكم في مستدركه(٦) من زيادة في حديث ابن عمر بلفظ: " وأنت في كل سِلْعة ابْتعتها بالخيار ثلاث ليال "(أ)، وهي

(أ) **قوله:** ثلاث ليال، أقول: قيل عليه ذكر الثلاث لا ينفي ما عداها، فإنه كالنص على بعض أفراد العام، قلت: فيه تأمل وغايته مفهوم عدد لا اعتداد به إلا أن حديث الخيار ثلاثة أيام لو صح يبطل ذلك لأنه من مفهوم الحصر بمعنى لا خيار إلا ثلاثة أيام كما يفيده تعريف المسند ويؤيده حديث المصراة فله الخيار ثلاثاً، وأما دون الثلاث فيصح معيناً لئلا يلزم الجهالة، وقال الثوري (٧)والحسن بن صالح(٨) يجوز مطلقاً ويكون له الخيار من دون تعيين مدة، وقال مالك(٩) يجوز الزيادة على الثلاث بحسب الحاجة حتى لو اشترا ضيعة يحتاج إلى النظر فيها ثلاثاً فصاعداً جاز اشتراطه، وعن أحمد(١٠) تجوز الزيادة بغير تحديد ذكره في "النجم الوهاج"(١١)، فقول الشارح موجب للفساد اتفاقاً لا يخفى ما فيه.

---

(١) في " المسند " (٣ / ٢١٧) .

(٢) أبو داود رقم (٣٥٠١) والترمذي رقم (١٢٥٠) وقال : حديث حسن صحيح غريب والنسائي رقم (٤٤٨٥) وابن ماجه رقم (٢٣٥٤) والدارقطني في " السنن " (٣ / ٥٥ رقم ٢١٨ ، ٢١٩) وابن الجارود رقم (٥٦٨) .

(٣) في " المستدرك " (٢ / ١٠١) .وهو حديث صحيح .

(٤) رقم (٦٦٢) بإسناد صحيح . وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث عند البخاري وأحمد والبيهقي .

(٥) (٨ / ١٧ ، ١٨) .

(٦) (٢ / ٢٢) وسكت عنه الحاكم وصححه الذهبي .

(٧) موسوعة فقه سفيان الثوري (ص ٣٨٦) .

(٨) " المغني " (٦ / ٢١٧) .

(٩) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ١٨٨) .

(١٠) " المغني " (٦ / ٢١٦ / ٢١٧) .

(١١) (٤ / ١١٧) .

بلفظ: " ولك الخيار ثلاثة أيام " عند الدارقطني[1]من حديث طلحة بن يزيد بن ركانة عن عمر .

قلنا : فيه ابن لهيعة قالوا: هو كذلك في رواية ابن ماجة[2]والبخاري في "التاريخ "[3] من طريق يحيى بن محمد بن حبان بن منقذ، قال كان جدي منقذ بن عمر فذكر الحديث بزيادته، ويشهد بالزيادة ما في مصنف عبد الرزاق [4]عن أنس أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البيع وقال: " الخيار ثلاثة أيام " .

قلت: وأشف ما يستأنس به لإثبات الخيار أكثر من ثلاث[أ] حديث [5]من اشترى غائباً فهو بالخيار إذا رآه، لأن معناه فهو بالخيار إلى أن يراه، وظاهره قاض بصحة كون

(أ) **قوله:** أكثر من ثلاث، يقال: أطلق مفهوم العدد مقيد بحديث الخيار ثلاثة أيام، فلا أشفيه بعد يعلم أن لا يصح الخيار ثلاث لأن حديث "إلا صفقة خيار"[6]عرفت أنه أرجح معنييه، وحديث: لا خلابة على القول بأنه غير مختص بمن قيل فيه. فيه تحديد المدة بثلاث ولا دليل وتقدم لنا الكلام فتذكر.

قوله: أكثر من ثلاث، أقول: [على أنه][7] تقدم له ضعف الحديث وأنه إنما رجع إلى أن الأصل صحة بيع الغائب، كما عرفت فكيف يستدل به، فهو نظير أهل المذهب والحنفية حيث لم يعملوا بحديث المصراة وخيار المجلس فيما وردا فيه، ثم استدلوا بهما هنا، وقوله: قبل هذا أنه يشهد للزيادة ما في مصنف عبد الرزاق يأتي لنا أن في سنده من هو متروك أو مجهول فهو شاهد مجروح.

---

(١) في " السنن " (٣ / ٥٤) .
(٢) في " السنن " رقم (٢٣٥٥) .
(٣) في " التاريخ الكبير " (٨ / ١٧ ، ١٨) . وهو حديث حسن .
(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٠) .
(٥) تقدم تخريجه آنفاً .
(٦) تقدم تخريجه مراراً .
(٧) زيادة من نسخة أخرى .

المدة أكثر من ثلاث إلا أنه يشكل بوجه آخر وهو جهالة مقدارها وهو موجب للفساد اتفاقاً.

ولهذا منع الشافعي[1] صحته، فيكون القياس عليه بالنظر إلى الشافعي مصادرة.

وسوى اشترط البيعان الخيار (لهما) وقال الثوري ثبوته للمشتري مخالف للقياس لعدم صحة تقييد العقد بمستقبل، قلنا: والبائع[أ] مقيس.

وأجيب بأنه ينبني على صحة القياس على مخالف القياس مع أن الفرق ظاهر لأن البائع مظنة معرفة المبيع، ومصلحة بيعه بالثمن بخلاف المشتري فهو جاهل فافترقا

(أ) **قوله:** والبائع مقيس، أقول: حديث خيار المجلس أثبته لهما النص، وإن لم يقل به أهل المذهب، وحديث[2] " إلا صفقة خيار " كذلك على كل من التفسيرين، وحينئذ فثبوته لهما بالنص، وغايته يخص فساد العقد بالتقييد بالاستقبال إن سلم أنه منه، وحديث[3]" لا خلابة "أثبته للمشتري النص.

قلت: فليس من خيار الشرط بل من خيار الغبن، إلا أنه قال في "المنار"[4] الظاهر في خبر حبان أنه مخصوص به؛ لأنه لم يكن صبياً ولا متصرفاً عن الغير، بل يعرض له اختلال وقياس مثله أن ينظر حاله التي باع عليها من حصول الخلل وعدمه.

قلت: بل الصواب إثبات خيار الغبن لمن قال لا خلابة عند بيع أو شراء، سواء تصرف عن نفسه أو غيره لما قدمنا من أن الدين النصيحة، ومن غبن غيره فقد فعل شيئاً ليس من الدين فيرد عليه.

---

(١) " البيان " (٥ / ٣٠) .

(٢) تقدم وهو حديث حسن .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) (٢ / ٤٢) .

(**أو لأحدهما أو لأجنبي**) خلافاً[أ] للشافعي في الأجنبي، وإذا كان لأجنبي (**فيتبعه الجاعل**) في ثبوت الخيار له مع الأجنبي (**إلا لشرط**) إنفراد الأجنبي بالخيار فلا يتبعه الجاعل (**ويبطل**)[1] الخيار (**بموت صاحبه**) أي: شارطه أما إذا شرط لنفسه فلاستحالة[ب] العلم بما في نفسه حينئذ، والأصل عدم مغير العقد، ومثل ذلك الخيار لمعرفة قدر الثمن والمبيع، وخيار الرؤية كما قدمناه لك ٠

وقال مالك [2]والشافعي[3] يورث كالعيب ٠

(أ) **قوله:** خلافاً للشافعي، أقول: مثله في شرح "الأثمار" و"البحر"[4]والذي في كتب الشافعية إثباته للأجنبي، ولفظ الإرشاد للمقري لعاقد وموكل وأجنبي، وأقره في الإمداد ولم يذكر لهم خلافاً، نعم في "نهاية"[5]ابن رشد أن الشافعي لا يجيزه في أحد قوليه، وفي "السراج الوهاج"[6] وإن يشترط لأجنبي، أي: يصح أن يشترط له على الأصح؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراطه لكونه أعرف بالمعقود عليه، انتهى.

(ب) **قوله:** لاستحالة علم ما في نفسه، أقول: لا يخفي أنه مات وله جواز إمضاء البيع وجواز رده فليرث وارثه هذا الاختيار، وأما علم ما في نفسه من إمضاء أو رد فلا يتوقف الإرث عليه.

وقوله: والأصل عدم مغير المعقود، يقال: لا يتحقق التغير إلا بالرد، وليس هو الموروث على أن الكلام في عقد مرهون في شرط الخيار، ولا يوصف بالتغير ولا عدمه حتى يمضي الشارط شرطه.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٤٥) عللوا هذا البطلان بما لا يصلح له ، فإن الحق الذي لصاحب الخيار يثبت لوارثه لأنه من جملة ما ينتقل إلى الوارث كما قدمنا ، وعلى تقدير أنه لم يطلع على مايختاره مورثه فله أن يختار ما يوافقه بحكم الخلافة منه لمورثه وانتقال الحق إليه ٠

(٢) انظر : " مدونة الفقه المالكي " (٣ / ٣٢٣) ٠

(٣) " البيان " (٥ / ٣٧ – ٣٨) ٠

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٤٩ – ٣٥٠) ٠

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٢٩ – ٣٠٠) ٠

(٦) (٤ / ١١٤ – ١١٥) ٠

قلنا: إنما ورث خيار العيب لأن عين المبيع ملكت سليمة وصار الوارث مستحقاً لها كذلك أو للثمن، بخلاف غير المعيب فلا نقص فيه كالمعيب فلا وجه للرد، قالوا: حق كالشفعة فيورث، قلنا المستحق[أ] فيها عين بخلاف الخيار.

وأما إذا شرطه الأجنبي فمات الشارط، فقال المصنف يبطل (**مطلقاً فيتبعه**) بطلان خيار الأجنبي (**المجعول له**) الخيار بناء على أنه وكيل للميت والوكالة تبطل بالموت، أما لو مات الأجنبي فقال المصنف لا يبعد[ب] أن لا يبطل خيار الشرط وفيه نظر، لأن ثبوته للجاعل بالتبعية وقد زالت بزوال المتبوع.

(**و**) يبطل خيار الشرط (**بإمضائه**)[1] أي: إمضاء البيع (**ولو**) أمضاه من له

(أ) **قوله:** المستحق فيها عين، أقول: الشفعة حق يثبت للخليط مثلاً يتسبب عن ثبوته تسليطه على أخذ عين المبيع بها إن شاء والخيار حق يتسبب عنه تسليط المشتري على العين المبيعة أخذاً ورداً إلا شاء فالخيار والشفعة صفات سببهما أمر يتعلق بالأعيان، فلا فرق بينهما، والأقرب قول الشافعية. قال في "النهاية"[2] وهو قول المالكية قال: وعمدتهم أن الأصل إرث الحقوق والأموال إلا ما قام من دليل على مفارقته في هذا المعنى لهما، قال وعمدة الحنفية أن الأصل أن تورث الأموال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال.

(ب) **قوله:** لا يبعد أن لا يبطل، أقول: في كتب الشافعية إن مات الأجنبي انتقل الخيار إلى العاقد [٣/٥٠٩].

---

(١) قال الشوكاني في"السيل الجرار "(٢ / ٦٤٥) : وأما قوله :"ويبطل بإمضائه " فصحيح ، ولكن جعل هذا من المبطلات خلاف المعقول ،فإنه إذا أمضى البيع فهو معنى ما جعل له من الخيار ، لأنه تفويض له أن يختار أحد الأمرين إما الفسخ ، أو الإمضاء أو هذا المبيع أو هذا المبيع فهو بالإمضاء قد فعل ماجعل له ، ولم يُبطله ، فإن أرادوا أن معنى بطلان الخيار أنه لا يصح منه أنه يختار الفسخ بعد اختيار الإمضاء فهذا معلوم ، ولكنه شيء غير بطلان الخيار بل معناه أنه قد صح خياره ، وفعل أحد الأمرين فليس له أن يرجع عما قد فعله من الاختيار للإمضاء ، وماذكر من الفرق بين الإمضاء والفسخ من اشتراط كون الثاني في وجه الآخر دون الفسخ لا وجه له من رواية ولا رأي .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٠٣ – ٤٠٤) .

الخيار (**في غيبة الآخر و**) أما الآخر إذا كان الخيار مشروطاً لهما فلا يبطل خيـــاره، بل (**هو**) باق (**على خياره**) .

وإمضاء البيع (**عكس الفسخ**) فإن الفسخ لا يكون إلا في وجه البائع، ويبطل به خيار البائع، وقال المؤيد[1] بالله ومالك والشافعي: بل الفسخ لا يحتاج إلى حضور الآخر، قلنا: الفسخ كرد الوديعة فلا ترد إلا إلى صاحبها، قالوا: بل هو كالطلاق، قلنا: بل هـــو أشبه برد الوديعة ونظره المصنف.

قلت: وجه النظر أنه فسخ عقد كالطلاق بخلاف رد الوديعة فليس فسخاً .

(**و**) يبطل خيار الشرط (**بأي تصرف**) تصرفه (**لنفسه**) لا لمصـــلحة المبيـــع كسقيه وعلفه، ويشترط أن يكون المتصرف لنفسه (**غير تعرف**) لحال المبيع كما لـــو ركض الفرس ليتعرف جريه أو نحو ذلك .

وإنما يبطله ما كان (**كالتقبيل**) للأمة، وقال زيد[2] التقبيل للأمة لا يكون مـــبطلاً لأنه لا يستلزم الرضا لجواز فعله مع التحريم (**والشفع**) لمبيع المخير فيه سبب لشـــفعته، فإنه يبطل لأنه كاشف عن الإمضاء للبيع .

(**و**) مثله (**التأجير ولو إلى المشتري**) إذا كان الخيار للبائع.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو [٣/٥٠٩] اشتراه المشتري مسلوب المنافع فأجَّره فإن ذلك لا يبطل خياره، إذ لا حق له في المنفعة فهو فضولي في التصرف فيها، فلا حاجة إلى هذا؛ لأن هذا ليس تصرفاً لنفسه.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٢٩٤) .

(٢) قال ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٢٩٧) : وقال زيد بن علي : التقبيل لا يقطع الخيار .

(**و**) يبطل الخيار (**بسكوته لتمام المدة**) المضروبة للخيار لما عرفناك من أن المؤقت يسقط لفوات وقته بشرط أن تنقضي المدة حال كونه (**عاقلاً**) أما لو مضت وهو نائم أو مغمي عليه فلا، ويبطل خيار الساكت العاقل (**ولو جاهلاً**) كون السكوت مبطلاً أو جاهلا مضي المدة، لأن الأسباب لا يشترط فيها العلم بل كما في الضمانات، وإنما يشترط فيها عدم المانع، لكن كون نحو النوم الإغماء مانعاً عن بطلان الخيار محل[أ] نظر.

(**و**) يبطل الخيار (**بردته**)[1] أي ردة صاحبه واستمرار كفره (**حتى انقضت**) مدة الخيار، فإن الردة[ب] كالموت إلا أنه يلزم أن لا يعود الخيار بإسلامه في المدة لامتناع بطلان شيء ثم صحته، فالحق بقاء الخيار موقوفاً على إسلامه في المدة والموقوف غير باطل.

(أ) **قوله:** محل نظر، أقول: وذلك لأنه يستحق مدة معلومة فصح له في كل لحظة منها أن يختار المبيع أو يرد فبإغمائه يبطل وصف المدة لتعذر إدراك الاختيار أو الرد، فالقياس أن لا يعتد بمدة الإغماء إذ هي بمثابة العدم في حقه، هذا تقرير مرادهم من أنه لا بد من مضي المدة وهو عاقل، والشارح نظره ولم يذكر وجهه وكأنه يقول المضروب له مدة وقد مضت، قلنا: لكن مدة يختار في أي جزء منها ولا يتم إلا وهو عاقل، وفي الإرشاد وشرحه الإمداد أنه ينتقل خيار المجلس والشرط بالجنون والإغماء والنوم إلى الوارث أن تأهل ولو عاماً كالإمام لبيت المال وإلا نصب الحاكم من يفعل له ما فيه المصلحة ولا يخفى قرب هذا.

(ب) **قوله:** لأن الردة كالموت، أقول: قد سمعت منع الحكم في الأصل فهذا قياس ليس فيه إلا الكاف، فإن ثمة دليل آخر وإلا ثبت له الخيار بعد الردة، قال المصنف في الغيث ليس اللحوق كالموت في جميع الأحكام ألا ترى أنه إذا عاد يرجع له من ماله ما لم يستهلك فكما رجع المال يرجع له الخيار، ويأتي أنه إذا لحق بدار الحرب[2] انتقل الخيار إلى وارثه، وبه تعرف أن مجرد الردة لن تبطل

---

(١) لا وجه له بل ينتقل هذا الخيار إلى من ينتقل إليه مال المرتد . " السيل الجرار " (٢ / ٦٤٦) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٠٠) .

فصل

(**وإذا انفرد به**[أ] **المشتري عتق عليه**) العبد إذ قد ملكه لانبرام العقد من جهة البائع وقال أبو حنيفة[1] وقول للشافعي[2][ب] لا يعتق لأن العقد مجموع إمضاء البائع والمشتري لا إمضاء أحدهما ....

خياره إذ لو بطل بنفس الردة لم يستحقه الوارث.

فصل: وإذا انفرد به المشتري

(أ) **أقول:** على ما حققناه وقررناه من أنه لم يقم دليل على شرط خيار لا يحتاج إلى الكلام على هذا الفصل، لكن نبين مرادهم لإيضاحه وإيضاح ما فيه.

(ب) **قوله:** وقول للشافعي، أقول: في الغيث أن للشافعي ثلاثة[3] أقوال :

أصحها مثل قولنا.

والثاني: أنه لا ينتقل إلى ملك المشتري حتى تمر مدة الخيار.

والثالث مراعي، انتهى.

قلت: مراده بمراعي موقوف والذي في "شرح المنهاج"[4] للدميري.

وإذا اشترى من يعتق عليه فإنه يمتنع شرط الخيار فيه للمشتري وحده لأنه يلزم من ثبوته عدم ثبوته، انتهى بلفظه، وذكر لهم ثلاثة أقوال في الخيار من حيث هو، وأنه إذا انفرد به المشتري فملك المبيع له وإن كان للبائع فله، وإن كان لهما فموقوف، انتهى.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٢٠٢ – ٢٠٣).

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٤٣ – ٤٤).

(٣) انظرها في " في " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣ – ٤٤).

(٤) أي :"النجم الوهاج " (٤ / ١١٩ – ١٢٠).

ولأنه لو ملكه لملكه[أ] وبدله ولا نظير له.

وأجاب المصنف بأنه ملكه[ب] بشرط انقضاء المدة وهو جواب لم يزد فيه على الاعتراف بمذهب الخصم لأن الملك إذا كان شروطاً بانقضاء المدة لم يتحقق المشروط قبل حصول شرطه وذلك معنى نفي الملك في الحال، وعدم ملكه في الحال مستلزم بقاءه في ملك البائع وذلك موجب لعدم العتق.

وأما قول المصنف أنه ملكه لحصول سبب الملك وهو العقد فغفلة عن كون السبب إنما يؤثر المسبب عند وجود الشرط (و) حينئذ يعلم أن الكلام في قوله أن المشتري إذ

فالظاهر والله أعلم أنه التبس على الناقلين لمذهب الشافعية فجعلوا الثلاثة الأقوال لانفراد المشتري وهو غلط على الشافعية من الغيث ثم نقله ابن بهران مثله، وفي "البحر"[1] ذكر له قولين ونصهم كما سمعت أنه لا يجري خيار الشرط للمشتري وحده فمن يعتق عليه والذي يقوى عند النظر أنه يدخله خيار الشرط عند انفراد المشتري بمن يعتق عليه، ولكنه لا يعتق لأن العقد مجموع إمضاء البائع والمشترى، ومع الخيار فلا إمضاء فلا يتحقق ذلك فلا عتق، ولظاهر أحاديث الخيار كقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر: " وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال "[2] وفي لفظ: " ثلاثة أيام " كما تقدم، وقوله في حديث ابن حبان بن منقذ "ولك الخيار بثلاثاً"، ولم يفصل في الخبرين بين من يعتق عليه ولا غيره، وهي ظاهرة في انفراد المشتري وعامة في كل خيار.

(أ) **قوله:** ولأنه لو ملكه ملكه والبدل، أقول: كأنه يريد أنه لا يطالب بالثمن إلا بعد مضي المدة كما صرحوا به، فيكون مالكاً للثمن والمبيع وفيه تأمل.

(ب) **قوله:** ملكه بشرط انقضاء المدة، أقول: فكان القياس أن يكون العقد موقوفاً على انقضاء المدة، كالكتابة على الإيفاء.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٥٠)

(٢) أخرجه البخاري في " تاريخه " (٤ / ١٧) .

انفرد به (**شفع فيه وتعيب وتلف في يده من ماله فيبطل**) خياره مبني على ذلك الدليل المنهار (**وألا**) ينفرد به المشتري (**فالعكس**) من هذه الأحكام.

(**و**) أما (**الفوائد**) الأصلية والفرعية التي لا يستلزم سببها بطلان الخيار كما في فوائده لو استعمله غاصب أو كان مؤجراً قبل البيع فإنها (**لمن استقر له الملك**) إلا أن القياس أن الفرعية لمن يتعلق به ضمانة في مدة الخيار لأن الخراج بالضمان .

(**و**) من استقر له الملك فإن (**المون عليه**) إلا أن هذا رد إلى جهالة، والحق أنها تتبع الخراج كما في المكاتب المتردد بين ملكين.

(**و**) أما قوله إن خيار الشرط (**ينتقل إلى وارث من لحق**) بدار الحرب (**و**) إلى (**ولي من جن و**[1]) إلى (**صبي**) شرط وليه الخيار لنفسه في بيعه أو شرائه عن الصبي، ثم (**بلغ**) الصبي في مدة الخيار، فقد أسلفنا لك أن خيار الشرط[أ] إنما يثبت لمخصوص فإثباته لغيره عند بطلانه منه مفتقر إلى دليل، ولو انتقل إلى غيره لوجب أن ينتقل إلى وارث من مات، وقد تقدم أنه لا يورث لأن سببه كسبب خيار الرؤية كلاهما لم ينشأ عن نقص في المبيع مستحق بدله فيورث، وإنما هما مجرد تسليط على الرد أثبت لمخصوص فلا يثبت لغيره.

(أ) **قوله:** إنما يثبت لمخصوص، أقول: لا يخفاك أنه جعل المدعى دليلاً فإن ثبوته لمخصوص [هو] [2] محل النزاع.

---

(١) لقوله تعالى ﴿ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ ﴾ [سورة البقرة : ٢٨٢] .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(**و**) خيار الشرط (***يلغو في النكاح***) لو قال زوجتكها ولي أو لك أولى الخيار في إمضاء النكاح أو عدمه (**و**) كذلك (***الطلاق***) لو قال طلقتك ولي أو لك الخيار في إمضاء الطلاق أو عدمه (**و**) كذلك (***العتاق والوقف***) لو قال أعتقت أو وقفت ولي أولك الخيار، والسر في ذلك(أ) أن كلاً منها إنشاء لا يعتبر فيه التعاوض بين متعادين، ولهذا صح الخلع والكتابة على الخيار مع أنهما طلاق وعتاق، لما اعتبر فيهما العوض على أن خيار الإجازة يدخل النكاح والطلاق والعتاق [٣/٥١٠]، وهو من خيار الشرط في الحقيقة، فإن قول الفضولي أنكحتك ابنة فلان أو نكحت ابنتك لفلان وله الخيار نكاح بشرط الخيار سواء صرح به أو لم يصرح به، وكذلك طلقت زوجة فلان، أو أعتقتُ عبده على كذا وله الخيار.

(**و**) شرط الخيار (***يبطل الصرف والسلم***) قال المصنف لاعتبار التقابض فيهما في المجلس وفيه نظر(ب)، فإن الخيار لا يمنع التقابض ولا يريد بإبطاله لهما أنه لو شرط

(أ) **قوله:** والسر في ذلك أن كلاً منهما إنشاء، أقول: بل السر فيه أن الشارع قال "البيعان بالخيار"[(١)] فخصهما به فلا يثبت إلا في عقد معاوضة محضة واقعة على عين لا منفعة لازمة من الجانبين، فيخرج بالمعاوضة غيرها كالهبة على غير عوض والإبراء، والوقف والعتق والطلاق وبالمحضة غيرها كالصلح عن دم والنكاح والخلع وباللازمة [و][(٢)]الجائزة من الجانبين كالشركة والوكالة والقراض والعارية والوديعة والجعالة، أو من أحدهما كالوكالة والرهن والضمان، أفاده الإرشاد وشرحه الإمداد، وقريباً منه في شرح الأثمار [٣/٥١٠].

(ب) **قوله:** وفيه نظر، أقول: عند الشافعية [(٣)]أن الصرف والسلم وبيع الطعام لا يدخلها خيار الشرط، وعللوا ذلك بأنه يمنع التأجيل فيهما، والخيار أعظم ضرراً منه لبعد الملك أو لزومه، فقول المصنف لاعتبار التقابض أي تقابضاً ينفذ معه الملك.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .   (٢) زيادة من نسخة اخرى .

(٣) قال القاضي العمراني في " البيان " (٥ / ٢٥) فذكر أصحابنا العقود التي يثبت فيها الخيار والتي لا يثبت فيها=

لأبْطَل مطلقاً بل (*إن لم يبطل في المجلس*) قبل أن يتفرقا (*و*) شرط الخيار يبطل (*الشفعة*) أيضاً لأنه يكشف عن تراخ وتردد، والتراخي مبطل لها بشروطه الآتية إن شاء الله تعالى.

فصل

(*و*) موجب[أ] خيار العيب هو (*ما ثبت*) أي تقدم العقد من العيوب، وإن

فصل وموجب خيار العيب

(أ) **أقول:** اعلم أنه يجب على البائع وغيره ممن علم العيب أن لا يكتمه على المشتري، لأنه قد ثبت حديث:"من غشنا فليس منا " أخرجه مسلم[1]،وحديث: " المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه " أخرجه البيهقي[2]من حديث عقبه بن عامر وأخرج [3]أن رجلاً شرى ناقة من دار واثلة بن الأسقع، قال فلما خرجت أدركنا واثلة بن الأسقع وهو يجر ردائه فقال يا عبدالله اشتريت، قلت:نعم قال فهل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟ قال: أنها سمينة ظاهرة الصحة أردت بها لحماً أم أردت بها سفراً، قال: قلت: بل أردت الحج عليها،قال: إن بخفها نقباء، فقال صاحبها: أصلحك الله ما تدري بهذا تفسد علي، قال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله

= على ترتيب المزني ليسهل حفظه : فمنها : الصرف والسلم يثبت فيهما خيار المجلس لقوله ﷺ " المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا " وهذان متبايعان ، ولا يثبت فيهما خيار الشرط ، لأنهما يفتقران إلى القبض في المجلس ، فلو أثبتنا فيهما خيار الشرط أدى إلى أن يفترقا قبل تمامهما ، فلم يصح .

(١) في صحيحه رقم (١٠٢) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ / ٢٤٢) وأبو داود رقم (٣٤٥٢) والترمذي رقم (١٣١٥) وابن ماجه رقم (٢٢٢٤) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٢٠) .

وأخرجه الحاكم (٢ / ٨) وقال صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي وأقره المنذري في الترغيب والترهيب رقم (٢٦٣٥) وتعقبهم الألباني في " الإرواء " (٥ / ١٦٥) بقوله : " أقول : إنما هو على شرط مسلم وحده ، فإن ابن شماسة لم يخرج له البخاري شيئاً " وهو حديث صحيح .

(٣) أي البيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٢٠) . =

انقطع حال العقد (*أو حدث في المبيع قبل القبض*) إذ لو حدث(أ) بعده لما ثبت به الرد اتفاقاً.

وسلم يقول: " من باع شيئاً فلا يحل له حتى يبين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه " .

(أ) **قوله:** إذ لو حدث بعده لما ثبت به الرد اتفاقاً، أقول: الاتفاق غير صحيح، فإن مالكاً (1)يقول بالعهدة وإن خالفه في ذلك فقهاء الأمصار، وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم، ومعنى العهدة أن كل عيب حادث في العين المباعة عند المشتري .

فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة: الجذام والبرص والجنون، فما حدث في السنة من هذه العيوب الثلاثة بالمبيع فهو من ضمان البائع، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل، وعمدة مالك في إثبات العهدة عمل أهل المدينة، واستدل أصحابه بحديثين معلولين، وعمدة غيره في نفيها أنه لم يثبت فيها أثر ولأنها مخالفة للأصول، فإن المسلمين أجمعوا على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري، فالتخصيص لهذا الأصل الثابت

= قلت : وأخرجه أحمد (٣ / ٤٩١) بسند ضعيف لجهالة أبي سباع .

والطبراني في " الكبير " (ج ٢٢ رقم ٢١٧) مختصراً ، والحاكم (٢ / ٩ – ١٠) والخطيب في " تاريخه " (١١ / ١٤٤) .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ووثقه الذهبي .

وأخرجه ابن ماجه رقم (٢٢٤٧) من طريق بن الوليد ، عن معاوية بن يحيى ، عن مكحول وسليمان بن موسى ، عن واثلة بن الأسقع ، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من باع عيباً لم يبينه ، لم يزل في مقت الله ، ولم تزل الملائكة تلعنه" .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١٩٢) : " هذا إسناد ضعيف لتدليس بقية بن الوليد ، وضعف شيخه " وقال ابن أبي حاتم في " العلل " (١ / ٣٩١ – ٣٩٢) عن أبيه : هذا حديث منكر .

وخلاصة القول أن الحديث ضعيف والله أعلم .

(١) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٣١٤ – ٣١٦) .

" المسوى على الموطأ " (٢ / ٤٢) .

قلت: إلا أن يكون العقد بخيار رؤية أو شرط فقد تقدم تصحيح أن تعيبه في يد المشتري لا يمنع الرد بهما لأن القبض معهما كَلاَ قبض فكأن العيب حدث قبل القبض وسواء تقدم ذلك العيب القبض (**وبقي**) مع المشتري (**أو**) زال حال القبض ثم (**عاد مع المشتري**) كالصرع والأباق .

(**وشهد عدلان ذو خبرة فيه**) أي في عيب المبيع كأهل كل حرفة فيما يمارسونه بها من الأعيان، وكذا من له وفور عقل وحدس يدرك به العيوب وإن لم يمارس ما هي فيه، فإذا شهد العدلان (**أنه عيب ينقص القيمة**) هكذا اعتبروا نقصان القيمة لا الثمن لكن لا حاجة إلى اعتبارها إلا لمعرفة قدر الأرش عند امتناع الرد .

وأما مع الرد فيكفي معرفة كونه لا يشتري مع العيب بذلك الثمن عادة، ولهذا لا يجب إلا رد الثمن لا القيمة على أنه تقدم أن الرد بخيار فقد الصفة من الرد بالعيب، وقد يكون فقدها موجباً لزيادة القيمة لاختلاف الأغراض كما لو اشترى العبد على أنه غير خصي فانكشف خصياً فإن الخصي يزيد في القيمة لكنه يخالف غرض المشتري لأنه يريد أن يحصن به أمته أو نحو ذلك، وباعتبار الثمن لا يرد شيء من ذلك .

فإذا ثبت النقض بالعيب (**رد به**) لحديث رد المصراة تقدم، وحديث أن رجلاً ابتاع غلاماً فوجد به عيباً فخاصم بائعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرده عليه، فقال له البائع: قد اشتغل غلامي يا رسول الله، فقال له النبي صلى الله عليه وآله

إنما يكون بسماع ثابت أفاده ابن رشد في "النهاية"[1]، إلا أنه لا يخفى عدم صحة الإجماع مع خلاف الفقهاء السبعة ومالك وأهل المدينة.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٤٣) .

وسلم: " الخراج[أ] بالضمان ونهى عن ربح ما لم يضمن "[ب] الشافعي [١]وأحمد[٢] والحاكم[٣] وأصحاب السنن[٤] من حديث عائشة [رضي الله عنها] [٥]صححه ابن القطان[٦] والترمذي[٧]، وقال ابن خزيمة[٨]: لا يصح.

(أ) **قوله:** الخراج بالضمان، أقول: قال السيوطي في "الأشباه والنظائر"[٩]أنه حديث صحيح، وأخرجه الشافعي وابن حبان[١٠]من حديث عائشة، وقال ابن حجر في"التحفة"[١١]: معناه أن ما يخرج من المبيع من غلة وفائدة يكون للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه أي: لتلفه على ملكه، فالمراد بالضمان في الخبر الضمان المعتبر بالملك إذ آل فيه بما ذكره البائع له صلى الله عليه وآله وسلم وهو ما ذكر فقط فخرج البائع قبل القبض والغاصب فلا يملك فوائده، فإنه لا ملك له وإن ضمنه لأنه لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن، وقريب منه في "شرح الروض"[١٢] لزكريا.

(ب) **قوله:** نهى عن ربح ما لم يضمن، أقول: في "النهاية "[١٣]لابن الأثير: هو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فربح فلا يصح البيع ولا يحل له الربح، لأنها في ضمان البائع الأول وليست من ضمان الثاني، فربحها وخسارتها للأول، وهو أحد ما ذكر ابن حجر[١٤]كما نقله الشارح، وليس في النهاية إلا هذا المعنى.

---

(١) في " مسنده " رقم (٤٨٠ – ترتيب) . (٢) في المسند (٦ / ٨٠ ، ١١٦) .

(٣) في " المستدرك " (٢ / ١٤ – ١٥) .

(٤) أبو داود رقم (٣٥١٠) والترمذي عقب الحديث رقم (١٢٨٥) وابن ماجه رقم (٢٢٤٣) والنسائي رقم (٤٤٩٠) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى . (٦) في " بيان الوهم والإيهام " (٥ / ٤٩٤ رقم ٢٧١٨) .

(٧) في سننه عقب الحديث رقم (١٢٨٥) .

(٨) كما في " بلوغ المرام " رقم (٣٨ / ٧٧٣) بتحقيقي . ط . مكتبة ابن تيمية / القاهرة .

(٩) " الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية " (ص ١٧٥) " القاعدة الحادية عشرة " (٢/ ٤٥) .

(١٠) في صحيحه رقم (٤٩٢٨) .

(١١) " تحفه المحتاج بشرح المنهاج " لابن حجر الهيثمي (٥ / ٦٣١ – ٦٣٢) .

(١٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب " (٤ / ١٩١ – ١٩٢) .

(١٣) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٤٧٩) . (١٤) في " التحفة " (٥ / ٦٣٢) .

قال في شرح المشكاة لابن حجر على قول المصنف ولا ربح ما لم يضمن ما لفظه يصح أن يراد بالربح البيع وكنى عنه بالربح لأنه سببه، وأن يراد به حقيقة الربح الشامل للرواية الحاصلة من المبيع قبل القبض، فقوله: ما أي المبيع الذي لم يضمن أي: يدخل في ضمان المشتري وهو المبيع الذي لم يقبضه فلا يصح منه بيعه ونحوه، لأن ملكه الآن ضعيف لكونه في ضمان البائع دونه، فمعنى الوجه الأول نهى المشتري عن بيع المبيع الذي لم يقبضه، ولا يصح بيعه له، وإذا لم يصح بيعه فالثمن الذي باعه به باق على ملك مشتريه فيلزمه رده لمشتريه، ومعنى الوجه الثاني نهى المشتري عن فوائد المبيع المنفصلة كاللبن والبيض والولد انتهى.

قلت: والكل ظاهر في أن قبض المبيع شرط في أصل ملكه لا في صحة التصرف فيه[أ]، وألا يصح[ب] موقوفاً كما في بيع المغصوب والعبد الآبق، ....

(أ) **قوله:** في أصل ملكه لا في التصرف فيه، أقول: إذا لم يملكه إلا بالقبض فلا يصح بيعه إلا بعده، وإلا كان من بيع ما لا يملك وهو غير صحيح، ثم لا يخفاك أن هذا التقرير من الشارح رحمه الله موافق لكلامنا فيما سبق ومناقض لما سلف له غير مرة من أن قبض المبيع ليس شرطاً في صحة بيعه إلا في الطعام لا غير، وهنا قال: لا يملك إلا بالقبض وأنه مناقض لما أسلفه.

(ب) **قوله:** ولا يصح، أقول: الأصل أن يقال إنه ليس القبض شرطاً في أصل الملك للعين المبتاعة فصح البيع لها قبل القبض، ويكون موقوفاً على قبضها كما صح بيع الآبق والمغصوب من قبل قبضهما موقوفاً، وجوابه نعم ملك المبيع بالعقد ونهى الشارح عن التصرف فيه قبل القبض فلا يصح العقد على ما لم يقبض لا ناجزاً ولا موقوفاً، وأما الآبق والمغصوب فهما تحت مالكهما إنما عرض مانع من إقباض المشتري لهما فما هو من بيع ما لم يقبض فتأمل.

وإن صح(أ) وجب تقييد الخراج بما كان قبل العلم بالعيب، وإلا كان الاستغلال تصرفاً بعد العلم، وذلك مبطل للرد ويشهد لذلك ما أخرج أبو داود(١) من حديث(ب) عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: "عهدة الرقيق ثلاثة أيام إن وجد به داء في ثلاث ليالٍ رد بغير بينة، وإن وجد بعد الثلاث كلف البينة " .

ولا يرد إلا (**ما هو**) باق (**على حاله** (٢)) الأول مع البائع بلا زيادة ولا نقصان، فإن حصل فيه زيادة أو نقصان فسيأتي تفصيل أحكامهما في ثالث هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

والرد يصح (**حيث وجد المالك**) في موضع العقد أو غيره (**و**) المشتري إذا رد فإنه (**لا يرجع بما أنفق**) على المعيب قبل الفسخ، وادعى المصنف عليه الإجماع، قال: (**ولو علم البائع**) لأن المشتري أنفق على ملكه بدليل تلفه قبل الفسخ من ماله إجماعاً، وحكى المؤيد بالله عن الهادي أن علم البائع بالعيب تغرير بالإنفاق على المبيع فيضمنه البائع.

وأجيب بأن الخراج بالضمان، ومن جملة الضمان حفظه بالإنفاق [٣/٥١١].

(أ) **قوله:** وإن صح، أقول: قد سمعت تصحيح السيوطي(٣) له، وأما التقييد بالعلم للحديث فليس لنا أن نقيده إلا بدليل قاهر، فإن ثبت أن الاستغلال تصرف وأن التصرف مبطل للرد ثم التقييد، وإذا تأملت وجدت نقل الشارح لكلام شرح المشكاة واقعاً في غير محله كتفريعة بعضه عليه أيضاً.

(ب) **قوله:** من حديث عقبة(٤)، أقول: هو من رواية الحسن عنه، وقد اتفقوا على أن الحسن لم يسمع من عقبة، ولهذا جزم أحمد أنه لم يثبت في العهدة حديث [٣/٥١١].

---

(١) في " السنن " رقم (٣٥٠٦) وهو حديث ضعيف .

(٢) فالظاهر أنه يُردُّ به على كل حال . " السيل الجرار " (٢ / ٦٤٩) .

(٣) في " الأشباه والنظائر " (ص ١٧٥) .

(٤) وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

(فصل)

(**ولا رد ولا أرش حيث تقدم العلم**) من المشتري بالعيب لأن دخوله في العقد رضا بالعيب حال العقد (**ولو أخبر بزوال ما يتكرر**) لأن الرضا بالمظنة رضا بالمئنة (**أو رضي**) بالعيب .

(**ولو**) كان العيب في بعض المبيع ورضي (**بالصحيح منه**[1]) فإن الرضا ببعض المبيع رضى بالعقد إذ الفرض أنه واحد والعقد الواحد لا يتصف بالصحة والبطلان لاجتماع النقيضين (**أو طلب الإقالة**[2]) لأنها لزوم البيع كما تقدم في قول السيد لعبده الناكح بغير إذنه طلق، إلا أن القياس اعتبار علمه بكون طلبها مبطلاً كما سيأتي في بعض مبطلات الشفعة إن شاء الله تعالى .

(**أو عالجه**) بدواء رجاء زواله أو (**زال**) العيب (**معه أو تصرف**) في المبيع باستعمال أو استهلاك حكمي ولو أخر قوله: (**بعد العلم**) بالعيب عن قوله: (**أي تصرف**) وقدم العلاج ليكون قيداً لطلب الإقالة، وللتصرف لكان صوابا لأنهما لا يكونان مبطلين إلا بعد العلم بالعيب.

. . . .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٢) فغير مسلم فإن الرضا بالصحيح دون المعيب لا يستلزم الرضا بالمعيب ولا يكون تفريق الصفقة موجباً لعدم الرد ، وإذا كان على البائع في التفريق ضرر كان المانع هو هذا لا مجرد تفريق الصفقة فيما لا ضرر في تفريقه .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٢) وأما ماذكره من طلب الإقالة والمعالجة والتصرف بعد العلم ، ففي بطلان الرد الثابت شرعاً بهذه الأمور نظر ، لأن إشعار هذه بالرضا البائع بدون خصومة ، وقد يعالجه رجاء أن يذهب العيب فلا يرده ، فإذا لم يذهب فهو على حجته ، وهكذا التصرف بشيء من فوائده فإن ذلك مما أباحه له الشرع كما تقدم في الحديث . =

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو تصرف تصرفاً يعتاد الناس مثله في ملك غيرهم ولا ينكره المالك أو تصرفاً لاختبار قيمته أو ركبه ليسقيه أو نحو ذلك (**أو**) كان قد (**تبرأ البائع من جنس**) من العيوب قد (**عينه أو**) تبرأ من (**قدر منه وطابق**) الواقع [منه][1] ذلك القدر لأن ذلك إعلام له بالعيب، وقد عرفت أن تقدم العلم بالعيب مبطل لا لو تبرأ من العيوب جملة فإن التبري، كذلك لا يبطل الرد خلافاً لزيد والمؤيد وأبي حنيفة، قلنا[أ]: تبرأ ابن عمر من عيوب غلام باعه من زيد بن ثابت فرده عليه بداء وجده فيه فاختصما إلى عثمان فقضى على ابن عمر بارتجاعه في محضر من الصحابة ولم ينكر، قالوا السكوت في اجتهاديات لا يستلزم الإجماع، وكبيع صبرة مجهولة لم توصف بجامع الخطر (**لا**) لو تبرأ البائع (**مما حدث**) من عيب بعد العقد

(أ) **قوله:** قلنا تبرأ ابن عمر، أقول: أهمل الشارح تخريجه هنا، وقد أخرجه مالك في "الموطأ"[2]، ولفظه أن عبدالله ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه بالغلام داء لم يسمه لي فاختصما إلى عثمان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي، وقال عبدالله بعته بالبراءة فقضى فاختصما إلى عثمان على عبدالله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فأبا عبدالله إن يحلف فأرجع العبد، هذا ولمالك والشافعي تفاصيل في بيع البراءة من كل عيب ذكرها ابن رشد في "نهايته"[3].

= وهكذا إذا تصرف بالعين نفسها ، ثم ردت عليه بذلك العيب فحقه في الرد ثابت بالشرع لا يمنع منه إلا دليل من الشرع أو الرضا المحقق أو ما يشعر بالرضا المحقق ، وهو تقدم العلم بالعيب ، وهكذا إذا تبرأ البائع من عيب معين أو من جنس من أجناس العيوب ، فإن المشتري إذا قبل ذلك فقد رضي لنفسه إذا لم يكن العيب الموجود إلا ما تبرأ منه البائع فإذا انكشف زائداً عليه ثبت له الرد بالزيادة .

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) (٢ / ٦١٣ رقم ٤) وإسناده صحيح .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٥٣) .

(**قبل القبض فيفسد**)[1] العقد إذا كان شرطاً مقارناً له لرفعه موجب العقد، إذا الـرد بالعيب من موجباته لكن لا دخل[أ] لهذا الاستدراك في المقام؛ لأن الكلام فيما يبطل الخيار لا فيما يفسد العقد.

(فصل)

(**و**) المشتري (**يستحق**[ب] **الأرش**) وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً منسوباً ذلك إلى الثمن كما لو كانت قيمة المبيع صحيحاً بستين ديناراً ومعيباً بأربعين وثمنه ثلاثون فإنه ينقص من الثمن ثلثه وهو عشرة [فقط][2] (**لا الرد إلا بالرضا**) واستحقاق المشتري العشرة تكون (**بتلفه أو بعضه في يده**) أي: بعد قبضه.

قلت: يأبى ذلك خبر المصراة، إلا أن نقول: إتلاف لبنها للتعرف فينبغي أن يقال غالباً ليحترز به عن مثل ذلك، والرد يمتنع (**ولو**) كان التلف (**بعد**) رده و (**امتناع**

(أ) **قوله:** لكن لا دخل لهذا الاستدراك، قد يقال ذكره استيفاء لأحوال العيوب فإن فيها ما لا رد ولا أرش معه، ومنها ما يفسد، ومنها ما يستحق به الأرش لا الرد، ومنها ما يخير.

(ب) **فصل :** ويستحق الأرش لا الرد، أقول: سيأتي للشارح أنه لا دليل على هذا الاستحقاق ويناقش فيه، وهذا هو القسم الثاني من أحكام العيوب، والأول ما لا يستحق معه أرش ولا رد وقد مضى، والثالث التخيير بين الأخذ وأرش القديم أو الرد وأرش الحديث، والرابع أحكام الزيادة [٣/٥١٢].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٣) ففيه نظر لأن المشتري رضي لنفسه وهو بالغٌ عاقلٌ ، والرضا هو المناط الشرعي في البيع ، فليس لنا أن نقول لا حكم لهذا الرضا ، لأنه منع لمناط شرعي بغير دليل ، وأما تعليل ذلك بأنه شرط مقارن للعقد فيقضي فساد عقد البيع فقد عرفت مما قدمنا في الشروط ما يندفع به هذا التعليل .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

البائع عن القبض) له (***أو***) عن (***القبول***) للرد (***مع التخلية***) بينه وبينه إلا أن يقبضه الحاكم بعد حكمه بالعيب ويقول: خل بينه وبينه كفى ذلك عن قبض البائع أو قبوله .

وقال المنصور [1]والناصر والشافعي[2] لا يفتقر إلى رضا البائع فينتقل عن ملك المشتري بمجرد الرد فيتلف بعده من مال البائع، قلنا: لا ينتقل ملك مالك إلى غيره إلا برضا الغير أو حكم حاكم، قالوا: ملك غير مستقر لأنه مشروط في المعنى بعدم الرد فهو كخيار الشرط مع الإجماع على شرعهما، فالذي لا ينتقل إلا برضا أو حكم هو المبتوت وإلا لزم في خيار الشرط.

نعم يحتاج على الرضا أو الحاكم فيما كان العيب مختلفاً في صحة [٥١٢/٣] الرد به لا في المجمع عليه (***و***) كذا يستحق الأرش فقط (**بخروجه *أو* بعضه عن ملكه قبل العلم**) بالعيب (***ولو بعوض***) وقال أبو العباس [3]وأبو طالب وأبو حنيفة[4] خروجه عن ملكه بعوض يبطل[أ] الرجوع على البائع بالأرش إلا أن يرجع عليه المشتري الآخر بأرش العيب، رجع هو على البائع به، وادعي فيه الإجماع، وإنما يبطل رد المعيب بالخروج عن الملك (**ما لم يرد عليه بحكم**) لأن الحكم إبطال لأصل العقد، وقال

(أ) **قوله:** يبطل الرجوع، أقول: وهو قول الشافعي قال ابن رشد [5]ووجه قولهم أنه فات المبيع وقد أخذ عوضاً من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٣٠ – ٣٣١) .

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٨٧ – ٢٨٨) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧١) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤١٠ – ٤١٢) .

(٥) في " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٤٨) بتحقيقي .

الناصر [1]والشافعي[2] وخرجه أبو العباس وأبو طالب للهادي، وكذا بغير حكم كما في التراجع بالأرش، قلنا: الرد بالتراضي كعقد جديد، قالوا: محل النزاع بل هو فسخ لما تقدم.

(**و**) يتعين الأرش فقط (**بتعيبه معه**) إذا كان التعيب (**بجناية**) لا لو حدث به عيب آخر بآفة سماوية، ولا بد أن تكون الجناية مما (***يعرف العيب بدونها***) أما لو لم يعرف إلا بها كلبس ثوب أصابه ماء البحر فأظهر اللبس عيبه، أو مأكول من الأنعام داؤه في بطنه لا يظهر إلا بالذبح فالحكم ما سيأتي من التخيير لكنه يأباه حديث المصراة لأن احتلابها لا يعرف العيب بدونه، ولم يجز النبي صلى الله عليه وآله وسلم فيها التخيير[أ] الآتي بل ألزم أخذها بلا شيء أو ردها مع صاع من تمر.

[أ] **قوله:** التخيير الآتي، أقول: هو بين أخذها وأرش القديم لم أو ردها وأرش الحديث، وتقرير مراد الشارح بقوله لكنه يأباه.. إلخ، إن خبر المصراة لو سلك بها هذا القبيل فإن شاء أخذها وأرش القديم وإن شاء ردها وأرش الحديث، والشارع لم يوجب أرش للعيب القديم وهي التصرية يستحقها المشتري على البائع إن أحب أخذ المصراة، ولا أوجب أيضاً للعيب الحديث إرشاء يلزم المشتري للبائع إن رد المبيع المعيب، لا يقال الصاع الذي رده المشتري هو أرش العيب الحديث، لأنا نقول: يأتي للشارح أنه قيمة اللبن وهو جزء من المبيع وهو الحق، ولا يقال إسقاط الصاع من المشتري إن رضي المصراة مقابل للأرش القديم لأنا نقول إنما سقط لأنه صار اللبن ملكاً له، فلا غرامة عليه لا أنه في مقابل عيب التصرية.

نعم العيب الحديث في المصراة كان عن سبب قبل القبض فلا شيء فيه، فيتم إيراد الشارح على إيجاب أرش العيب القديم، فلو أخر حديث المصراة إلى شرح قوله إلا عن سبب.. إلخ.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٢٩).

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٨٧ – ٢٨٨).

ولا بد أن تكون الجناية (**ممن تضمن**) جنايته لا لو جنى عليه ما جرحه جبار كبهيمة غير عقور أو سبع (**وفي عكسها**) أي عكس هذه القيود بأن لا يكون بجناية بل بآفة[أ] سماوية أو بجناية لكن لا يعرف العيب إلا بها، أو ممن لا تضمن جنايته فإنه (**يخير**) المشتري (**بين أخذه**) أي: المعيب (**وأرش**) العيب (**القديم أو رده وأرش الحديث**) وقال المؤيد بالله[1]: والفريقان[2] لا رد مع حدوث أي عيب، لنا أن كون غير الجناية الجامعة للقيود مانعاً من الرد حكم شرعي وضعي يحتاج إلى دليل، والأصل عدمه، قالوا: البائع صار كالمشتري لا يلزمه قبول المعيب بالعيب الحادث، قلنا: لزمه بالقديم و الثاني لا يصلح مانعاً.

قلت: لأن ملك المشتري قبل الرضى بالعيب كالموقوف فيتعيب المبيع حينئذ من مال البائع، ولا يستحق أرشاً كما في قوله (**إلا**) أن يكون الحديث متولداً

وقد مثلوا ذلك بما لو اشترى جارية حاملاً فانكشف فيها عيب ثم ولدت فحدث بولادتها نقصان بسبب الولادة، فإن العيب الحادث بالولادة متولد عن سبب كان من البائع وهو الوطء، فإن شاء أخذها وأرش العيب، وإن شاء ردها بلا أرش للعيب الحادث.

(أ) **قوله:** بآفة سماوية، أقول: في "المنار"[3] الظاهر في هذه أنه لا يتعين الأرش إذ لا وجه لاستحقاق البائع أرش الآفة السماوية إذ لا أرش لها، فالحق قول المؤيد بالله، وانظر قول المصنف في الصورة الثانية أن البائع لا يستحق عوض الجناية إذا حدثت في غير ملكه مع أن الجناية مضمونة في نفسها، وأما الآفة السماوية فإنه لا عوض لها في ذاتها، وقد حدثت هنا في غير ملكه، انتهى. ولا يخفى قوة ما اختاره ووضوح دليله.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٦٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٠٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤٢٧ – ٤٢٩) .

(٣) (٢ / ٤٧) .

(***عن سبب***) موجود (***قبل العقد***)، الصواب قبل القبض (***فلا شيء***) على المشتري من أرش الحديث بل يرد المبيع بعيبه بلا أرش لأيهما[أ] .

وقد عرفت كيفية معرفة الأرش (***فإن زال أحدهما***) أي أحد العيبين مقتضى الرد ومانعه (***فالتبس أيهما***) الزائل وتخاصما في تعيينه (***تعين الأرش***) على البائع للمشتري ويمتنع الرد، قال المصنف: لأن الأصل في كل من العيبين عدم ارتفاعه بخصوصه فأثبتنا لكل منهما حقاً وأسقطنا عليه آخر.

قلت: بل لأن مانع الرد قد تحقق وهو أصل ثانٍ ويجب البقاء عليه كما لو تنازع الزوجان في وقوع الطلاق وعدمه، فإنه يحكم بالأصل الثاني -أعني: النكاح- وإن كان الأصل الأول هو عدمه .

(***ووطؤه ونحوه***) من تقبيل أو لمس لشهوة (***جناية***) تمنع الرد سواء كانت الموطؤة بكراً أو ثيباً، وقال زيد [1]ومالك[2] والشافعي[3] والبتي[4]، وعن أحمد[5] إنما يبطل رد البكر فقط كما لو وطئها غيره لأن ذلك نقص وعيب بخلاف وطء الثيب فإنما هو تصرف لا ينقص به قيمة الموطؤة كالحمل على الدابة، ومثله لمس البكر وتقبيلها لشهوة .

(أ) **قوله:** لأيهما. أقول: الصواب له إذ الكلام في العيب الحادث كما عرفت.

---

(١) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٤١ – ٣٤٢) .

(٢) " مدونة الفقه المالكي وأدلته (٣ / ٤٧٣) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٠٢ – ٣٠٣) .

(٤) ذكره القاضي العمراني في " البيان " (٥ / ٣٠٣) .

(٥) " المغني " (٦ / ٢٥٢ – ٢٥٣) .

قلنا : حكم بذلك علي عليه السلام قالوا: إن صح فمحمول على أنه وطئها بكـــراً جمعاً بين الأدلة (**و**) يبطل الرد ويتعين الأرش (**بزيادتـه** [1]) أي المبيع (**معـه**) أي مع المشتري و (**ما لا ينفصل**) بدل[أ] من الضمير المجرور في المصدر.

قلت: إلا أنه لا يخفى عدم مناسبة[ب] الزيادة لمنع الرد، والمانع يجب أن يكون مناسباً كالمقتضى ولا بد أن تكون تلك الزيادة أيضاً (**بفعلـه**) كما لو حرث الأرض أو صـــقل السيف أو قصر الثوب .

(**و**) أما (**في**) المزيد (**المنفصل**) [٣/٥١٣] .

(أ) **قولـه:** بدل من الضمير المجرور أقول: الأظهر أنه مفعول للمصدر أي زاد شيئاً لا ينفصل.

(ب) **قولـه:** عدم مناسبة الزيادة لمنع الرد، أقول: وجه المناسبة أنه لا يلزم البائع إلا قبض عين مبيعه إن ألزم باسترجاعه، وبعد زيادته ليس هو عين مبيعه ضرورة فلا يلزمه قبوله فناسب منع الرد.

---

(١) لا وجه لجعل هذه الزيادة مبطلة للرد بل نقول للمشتري : الرد بالدليل المتقدم ، وهذه الزيادة مضمونة على البائع لأنه غره ببيع العيب منه ، وإن اختار المشتري الأرش فله ذلك ، وأما الزيادة المنفصلة فإن شاء المشتري أخذها ورد المبيع ، وإن شاء تركها ورد المبيع ، وليس له أن يطالب بالأرش لأن الزيادة هاهنا منفصلة ، ولا مانع له من أخـــذها إلا أن يكون قد حدث في المبيع نقص من جهة أخرى ، فله إذا اختار بقاءه لديه أن يطالب بالأرش .

" السيل الجرار " (٢ / ٦٥٥) .

[أ] فإنه (**يخير بين أخذ الأرش أو القلع**) لذلك المزيد الذي لم ينفصل (**والرد فإن تضرر**) المبيع بالفصل (**بطل الرد لا الأرش**) فيستحقه على البائع وقال الإمام يحيى [١]: يخير بين رده وأرش الحديث أو أخذه وأرش القديم، قلنا تضرر بجناية منه.

وأجيب: بأنة غير متعد في الزيادة وهي السبب ولا في الفصل لأنه مستحق له، فهو كالمأذون في الأمرين، كما في التعرف، وإن كان فيه ما قدمنا من منافاة خبر المصراة لاستحقاق اختيار أرش القديم.

(**و**) اعلم أنه (**لو كان الزائد بها**[٢]) هو (**ثمن المعيب**) لا نفسه لأنها لم تزد على المعيب إنما زيدت على ثمنه حال[ب] كون الثمن (**قيمياً سليماً لم يبطل الرد**) بتضرره بفصل الزيادة ولا حاجة إلى التقييد بالقيمي والسليم لأن المثلي غير[ج] النقد

(أ) **قوله:** وفي المنفصل يخير، أقول: في "المنار"[٣] على "البحر"[٤] لا وجه لتخيير المشتري في مثل هذا، بل يرد أو يرضى ولا شيء له لأن المنفصلة بغير ضرر كالمعدومة.

قلت: وهو قويم [٥١٣/٣].

(ب) **قوله:** حال كون الثمن، أقول: أحسن بهذا التقرير لدفع توهم أن قيمياً خبر كان، كما قال شارح الفتح، إن عبارة الأزهار توهم ذلك، مع أن خبره ثمن المعيب.

(ج) **قوله:** لأن المثلي غير النقد، أقول: قد سبقه "الفتح "[٥]إلى ذلك حيث قال: وكذا إذا كانت الزيادة والتسليم المقابل للمعيب، قال في شرحه: ولا فرق بين أن يكون قيمياً أو مثلياً.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٦٦) .

(٢) قوله : " " ولو كان الزائد بها " إلى آخر الفصل ، فلا يخفاك أنه خروج عن البحث ، ولكن الكلام في هذه الزيادة كالكلام في الزيادة في المبيع ، فلا نطول البحث في ما طائل تحته .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٥) .

(٣) (٢ / ٤٧) .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٦٤) .

(٥) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٤٦ – ٣٤٧) .

كذلك والثمن المعيب أيضاً، لأن كونه معيباً لا يمنع[أ] اختيار صاحبه لاسترجاعه، ولا يخفى ما في تركيب عبارته من الانغلاق، ولو قال فإن تضرر بطل الرد لا الأرش لا لو زيدت على ثمن غير نقد لكان[ب] أوضح، وإنما فرقوا[ج] بين زيادتها على المبيع وبين زيادتها على الثمن؛ لأن الكلام في استحقاق رد المبيع، ولهذا قيد المصنف الثمن بالسليم لئلا يستحق

(أ) **قوله:** لا يمنع اختيار صاحبه، أقول: المراد بقوله لم يبطل الرد أن الرد حق للمشتري لا يبطله إلا بإبطاله وإسقاطه له، والثمن المعيب إن استرجعه صاحبه باختياره واختيار البائع فلا يمنع عنه، ولكن ليس بحق لأحدهما.

(ب) **قوله:** لكان أوضح، أقول: وأشمل إلا أنه فات عبارته قيد المعيب، وكأنه بنى تصحيح العبارة على ما اختاره، وصاحب الأثمار حول العبارة إلى قوله فإن تضرر تعين الأرش، فإن كان الزيادة في مقابل المعيب السليم فله الرد والقلع ولا شيء عليه فيها غالباً، وأبان شارحه فوائد قيوده بما فيه طول.

(ج) **قوله:** وإنما فرقوا، أقول: في "الغيث" إن قلت هلا يبطل الرد هنا كالتي قبلها وإلا فما الفرق؟ قلت: قد أجابوا عن ذلك بوجهين: أحدهما: ذكره الفقيهان أن في هذه الصورة التركيب على غير المعيب، وقد تقدم الفسخ على الفصل فلم يكن له أن يضر بملك غيره بالفصل، لأنه في حكم المتعدي بوضع الحلية لما انكشف من بطلان العقد فلم يكن له الفصل مع معرفة التضرر به، ويسقط بذلك حق الغير وهو خيار العيب فيثبت صحة الرد مع معرفة التضرر واستحقاق قيمة الحلية بخلاف المسألة الأولى حيث الحلية مركبة على المعيب، فإنه لم يتقدم الفسخ على الفصل بل ثبت الخيار للمشتري والمعيب باق في ملكه فمهما لم يتفق أنه يتضرر بالفصل كان ذلك بمنزلة العيب بجناية فيبطل الرد، واستحق الأرش، [و][1]هذا كلامه، إلا أنه نقضه "الفتح"[2] بعد نقله له وبعد نقله عن الزهور أجوبة أخرى بقوله، وفيه ما فيه، قال: لأن لقائل أن يقول: فلو لم يرد المشتري المعيب ويأخذ منه الزيادة كما أخذها البائع في العكس، وتلك الجوابات لا تدفع ذلك، ثم ذكر جواباً آخر، وبهذا تعرف أنهم فرقوا بغير ما فرق به الشارح ويأتي له أن لا فرق بين مبيع وثمن.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار "لابن مفتاح (٦ / ٣٤٧) .

رده بالعيب فيلزم من حيث كونه مبيعاً مردوداً بطلان الرد مع تضرره، ومن حيث كونه مسترداً صحته فيجتمع النقيضان، وهذه صورة قد خرجت من تقسيمه.

وأما قوله إنه إذا لم يبطل الرد رد (**واستحق**) قابض الـثمن (**قيمة الزيادة**) التي ردها عليه لئلا يتضرر حق غيره بفصلها، فلا وجه له في التمليكات لأنه ليس بمعاوضة لاشتراط التراضي فيها، ولا ضمان لأن البائع لم يتلفها عليه.

وقد ثبت أن مانع الرد إنما هو التضرر في غير الزيادة، وكونه مؤثراً للمنع في المبيع دون الثمن مما يفتقر إلى دليل.

وأما قياسه عدم بطلان الرد بتضرر الثمن على عدم بطلانه بتضرر الزيادة بقولـه (**كلو تضررت**) الزيادة (**وحدها فيهما**) أي في المبيع والثمن، فإن تضررها لا يمنع الرد وإنما يخير صاحبها بين قلعها متضررة وبين أخذ قيمتها، فهذا قياس لا صحة لـه لما عرفناك من أن كونها في المبيع طرد في تأثير المنع.

وإنما المنع التضرر المشترك بين المبيع والثمن على أن صاحب الزيادة إذا زادها قبل علمه بالعيب فهو مأذون له بوضعها فيستحق الخياران الآتيان في المغارسة إن شاء الله تعالى، أما قبض القيمة أو القلع وأخذ أرش ما نقص به منها.

(**وأما**) إذا كانت الزيادة (**بفعل غيره**) لم يمنع الرد (**فيرده**) ويصير النزاع في الزيادة بين الغير وبين البائع، فإن كانت مما لا ينفصل كالصباغ أو ينفصل بتضرر ما هي فيه فلا شيء للغير لأنه متعد بها وليس له الإضرار بالفصل، وإن كانت مما ينفصل بغير تضرر ما هي فيه فصلها.

واعلم أنه يجب رد المعيب حيث يستحق رده بجميع فوائده (**دون**) الفوائد (**الفرعية**) كالكرى ونحوه فلا يستحق رده (**مطلقاً**) أي: سواء وقع الفسخ بحكم أو بتراض (**وكذا**) لا يجب رد الفوائد (**الأصلية**) كالصوف واللبن والثمر (**إلا**) أن

يفسخ المعيب (**بحكم**) وجب رد الأصلية لأن[أ] الفسخ بالحكم رد (**رفع**) للعقد من أصل (***فيضمن تالفها***) إن كانت تالفة، وقال الشافعي[1] أصليها وفرعيها للمشتري سواء كان الفسخ بحكم أو بتراض، لحديث: " الخراج بالضمان " [2]تقدم.

قلنا: الخراج إنما ينطلق على الإفادة وهي فرعية، قالوا فيلزمكم[ب] رد الأصلية بلا

(أ) **قوله:** لأن الفسخ بالحكم، أقول: هذا إشارة إلى وجه الفرق بين الفسخ بالتراضي والفسخ بالحكم، قال المصنف: وإنما فرقنا بين الحكم والتراضي لأن الفسخ بالتراضي بمنزلة عقد جديد فكأن المشتري باعه من البائع بيعاً جديداً فلا يتناول فوائده إذا لم يذكرها بخلاف الفسخ بالحكم فإنه فسخ للعقد من أصل فكان المبيع على ملك البائع هو وفوائده.

قال في "المنار"[3]: إن قوله حكم الحاكم فسخ للعقد من أصل دعوى ما لم يؤيدها برهان وكأنها مبنية على أن للقضاء أثراً في تغيير الأحكام عما هي عليه بحسب الدليل وليس كذلك، بل هو يقطع النزاع وفصل الشجار فقط، وسيأتي تحقيق ذلك في القضاء.

(ب) **قوله:** فيلزمكم رد الأصلية بلا حكم، أقول: -لا يخفى أنهم استدلوا[4]- بلزوم[5] رد الجميع من أصلية أو فرعية بحكم أو تراض بالحديث، الخراج بالضمان، فإنه لم يفرق بين أصلية أو فرعية، ولا بين رد بحكم أو تراض، وأجاب الشارح أن الخراج اسم للفرعية، فالحديث أوجب ردها لا غير، ولم يوجب رد الأصلية فكيف تقولون عن الشافعية في جواب هذا يلزمكم رد الأصلية بلا حكم؟ بل كان ينبغي أن يكون الكلام هكذا، قالوا فيلزمكم أن لا ترد الأصلية مع الحكم، لأن الحديث لم يرد إلا في الفرعية ولا دليل سواه.

---

(1) "الأم" (١٠ / ٢٧٩ - ٢٨٠ - اختلاف الحديث).

(2) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح.

(3) (٢ / ٤٦).

(4) [أي الشافعية. تمت].

(5) [لعله بعدم لزوم].

حكم قلنا لو كانت للمشتري لما ردها وصاعاً من تمر، قالوا: إنما الصاع في مقابلة ما كان في الضرع، وذلك مما شمله العقد فهو بعض المبيع لا خَرَاج.

وقال(أ) أبو حنيفة [1] وأصحابه فصلها يبطل الرد فيتعين الأرش كالجناية، قلنا(ب) يدفعه الخبر لأن الأرش إنما يكون لنقص ما شمله العقد، والفرض خلاف ذلك.

وقوله قلنا: لو كانت أي الفوائد الأصلية للمشتري لما ردها أي العين المباعة وصاعاً من تمر، فلما وجب رد الصاع علم أنه لم يملك الأصلية وهي اللبن، وإذا كان لا يملكها وجب عليه ردها، ولا يخفاك أنه لا يتم هذا ولا يوافق إلا كون كلامهم كما قدرنا لا كما نطق به كلامه.

وقوله: قالوا إنما الصاع.. إلخ، جواب منهم محقق أن رد الصاع ليس من محل النزاع، فإنه ليس ضماناً لتالف الفوائد الأصلية، بل هو قيمة جزء المبيع وتقريره أنه باع الشاة بجميع أجزائها، ومنها اللبن الذي جمع بالتصرية فاستهلكه المشتري بحلبه، فوجب عليه رد قيمته وهي ما عينه الشارع، فليس ذلك ضماناً للفوائد بل قيمة المبيع لا أنه ضمان اللبن الذي تحصّل وهو في ملكه وصار فائدة من فوائد المبيع فلا دليل لكم فيه، وبه تعرف أن قول المصنف في الغيث وقد ورد خبر المصراة برد الفوائد الأصلية، لكنه عندنا مخالف للأصول فلا يقاس عليه غير صحيح، فإنه إنما ضمن المشتري ما أتلفه من المبيع أعني اللبن المجتمع عند البائع، وهي في ملكه فتأمل.

(أ) **قوله:** وقال أبو حنيفة، أقول: " نهاية المجتهد"[2]: وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب، وحجته: أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يمكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك قوتاً يقتضي أرش العيب إلا ما خصه الشارع من الخراج والغلة.

(ب) **قوله:** قلنا: يدفعه الخبر، أقول: يعني ردها وصاعاً من تمر إلا أنه أسلف قريباً أن المردود ليس من ضمان الفوائد بل قيمة ما استهلك من المبيع [٥١٤/٣].

---

(١) " الاختيار " (٢ / ٢٦٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٢٩٣) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٥١).

وقال [٣/٥١٤] مالك لا رد إلا للولد إذ هو تابع للأم لا الثمر لأنه لا يتبع، ولهذا لا يدخل في بيع الأصل، قلنا: خصص الثمر ما سيأتي من بيع النخل المؤبر ولولا ذلك لكان كاللبن.

تنبيه: لا يخفاك أن أطراف الكلام في رد[أ] المعيب إذا لم يحدث فيه زيادة مع المشتري أربعة.

الأول: لا يستحق فيه إلا الرد، وهو حيث اطلع على العيب قبل زيادة في المبيع ولا نقصان فلم يرض به.

الثاني: لا يستحق فيه رداً ولا أرشاً، وهو حيث حصل منه رضا أو ما يستلزمه.

الثالث: لا يستحق الرد، قالوا: وإنما يستحق الأرش، وذلك حيث تلف المبيع أو خرج عن يده أو بعضه أو تعيب بجناية يعرف العيب بدونها ممن تضمن جنايته إلا أنه لا مستند لهم في استحقاق الأرش على البائع؛ لأن مانع الرد لا يصلح[ب] مقتضياً للأرش،

(أ) **قوله:** في رد المعيب، أقول:

الأولى: في حكم المعيب لأن في هذه الأطراف ما ليس برد، والطرف الأول هو مفاد الفصل الأول.

والثاني: [و][1]الثاني والثالث مفاد صدر الفصل الثالث والرابع مفاد عكسها، وفي الفتح وشرحه جعل الأطراف خمسة لأنه جعل الزيادة طرفاً أيضاً.

(ب) **قوله:** لا يصلح مقتضياً للأرش، أقول: لا يخفى أنه لم يجعل نفس المانع وهو تلف المبيع بعينه مقتضياً للأرش على البائع، بل مقتضية نفس العيب المنقص للقيمة التي صارت إلى المشتري لأنها من

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) (٢ / ٤٤٩).

[إلا أن يكون البائع عالماً بالعيب وسكت فإن السكوت تدليس فيضمنه، وعلى التدليس يحمل ما يُروى عن علي[أ] من إلزام الأمة المعيبة واطئها المشتري، وإلزام بائعها عشر قيمتها وهو أيضاً مشكل لأن العقد وقع على المعيب المعين لا على سليم[ب] حتى يلزم البائع ما فات بالعيب من قيمة السليم، ولا يقال يستحق المشتري الأرش عن حق له هو الرد، لأنا نقول الرد مجرد حق والحقوق لا يستحق عليها عوض، وأيضاً امتناع الرد وقع بسبب من

مال المشتري لا تحل للبائع، فإنه لم يشتر منه إلا عيناً سليمة فانكشاف العيب دلّ على أن ما سلمه من الثمن لا يستحقه البائع، وإنما يستحق قيمة المعيب فالزيادة عليه باقية على ملك المشتري، ويأتي له التصريح بأن الزيادة المذكورة يقبضها البائع باطلاً.

نعم فحيث كانت العين المشتراة قائمة بحالها استحق المشتري على البائع إرجاعها وقبض ماله، فإنها غير ما وقع عليه التراضي، وحيث خرجت عن حالها بزيادة أو نقصان لم تبق هي عين مال البايع، فاستحق القدر المقابل للعيب ولم يستحق رد العين على البايع، لأنها غير العين التي خرجت من يده، فالمانع للرد خروج عين المبيع عن حالها والمقتضي للأرش هو نفس العيب لا مانع الرد.

(أ) **قولـه:** ما يروى عن علي عليه السلام، أقول: في الشفاء[1] أنه عليه السلام قضى في رجل شرى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً أنها تلزمه أي يمسكها، وقضى له على البائع بنقصان العيب، وما روى عنه أنه قضى عليه بعشر الثمن فقد قال زيد بن علي أنه [قد] [2]كان قدر النقصان.

(ب) **قولـه:** لا على سليم، أقول: وإن أراد أنه وقع في نفس الأمر على المعيب فنعم ولا ضير فيه، وأما العقد فما وقع إلا على عين سليمة في ظن المشتري، ولا رضى إلا بها ولا عقد إلا عليها ولا أراد سواها، فإن ظهر خلاف ذلك لم تكن تجارة عن تراض وإلا لما وجب له الشارع حق الرد في حديث المصراة وحديث الغلام كما سلف، فكلام الشارح يقضي بسد باب العيوب بالكلية رداً وأرشاً فاتسع الخرق.

---

(١) (٢ / ٤٤٠٩).

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

المشتري وما سببه منه فهدر ولا يقال الشراء مشروط[أ] في المعنى بعدم العيب الأول وهو شرط حالي لا يفسد البيع، وقد تعذر الرد مع التلف أو نحوه فيتعين ما فات من مبيعه.

والجواب: أولاً قلب الدليل بيانه أن الشراء إذا كان مشروطاً بعدم العيب كشف وجود العيب عن عدم الشراء لفوات شرطه الحالي فيتلف المبيع ويتعيب من مال البائع فلا يمتنع الرد، أما إذا كان العيب الحديث بغير فعل المشتري فظاهر.

وأما إذا كان بفعله فلأنه مسلط على الإتلاف إلا أن خبر المصراة[ب] لما أوجب رد عوض اللبن أوجبنا على المشتري رد عوض ما استهلكه، ولولا الخبر لقلنا هو مباح له لا يلزمه عوضه.

الطرف الرابع: وهي أن ينقص المبيع بجناية لتعرف حاله أو جناية من لا تضمن جنايته أولاً بجناية رأساً بل بآفة سماوية فقالوا: إن المشتري في هذا الطرف مخير بين أخذ المبيع مع أرش العيب القديم، أورده مع أرش الحديث.

وأجيب بمنع رده الأرش على التقديرين[ج] مسنداً بما تقدم إلا إذا استهلك المشتري جزءاً من المبيع فإنه مع الرد يلزمه عوضه كما في لبن المصراة؛ ولأن خيار العيب على التراخي فتعيبه قبل الرضا كتعيبه في مدة خيار الشرط، وقد علمت أن التعيب في مدة

(أ) **قوله:** ولا يقال الشراء إنه مشروط.. إلخ، أقول: ليس بمشروط بل بيع ناجز نافذ، فإن وجد المشتري عيباً فقد جعل له الشارع على رده سلطان وعلى أرشه أيضاً كما أسلفناه.

(ب) **قوله:** إلا أن خبر المصراة، أقول: إيجاب رد عوض اللبن الذي هو جزء المبيع كشف على أن البيع للمعيب قد انعقد وتسلط المشتري عليه وإلا لكان إثماً باستهلاكه اللبن، وكشف أيضاً على أنه لم يقع الرضا بالمبيع والعقد والرضا به إلا اعتماداً على أنه سليم بريء عن العيوب فلما ظهر خلاف ذلك استحق المشتري على البائع إرجاعه.

(ج) **قوله:** بمنع لزوم الأرش على التقديرين، أقول: تقدم لك بيان لزومه على التقديرين.

خيار الشرط لا يوجب للبائع أرشاً فكذا في مدة خيار العيب لأنه ثبت بشرط الله تعالى وشرط الله أوثق وحكمه أولى وأسبق.

وأما أطراف الكلام في الزيادة فسبعة لأنها إما أن تكون بفعله أو غير فعله مضروبين فيما يمكن انفصاله من الزيادة وما لا يمكن انفصاله أربعة، لكنَّ المنفصلة إما مع تضررها نفسها أو تضرر المبيع أو كليهما، أو لا مع تضرر رأساً صارت سبعة أطراف، قالوا: فالتي بغير فعله ولا تنفصل يرد معها ولا شيء اتفاقاً، والتي بفعله ولا تنفصل يبطل الرد ويوجب الأرش، وفي وجوب الأرش على البائع ما قدمنا وفي المنفصلة بغير فعله مع تضرر المبيع لا شيء وبدونه يفصل لا غير، وبفعله بلا ضرر .

قالوا يخير بين الفصل والأرش، وفيه ما قدمنا ومع التضرر يبطل الرد ويستحق الأرش، وفي استحقاقه ما قدمنا، وإن لم يتضرر غير الزيادة فلا يمتنع الرد بل يخير صاحبها بين قلعها متضررة وأخذ قيمتها والقياس الخياران الآتيان في المغارسة إن شاء الله تعالى كما عرفناك آنفاً.

فصل

(**و**) خيار العيب (***فسخه***[أ] ***على التراخي***) وقال الفريقان [1]فوري لنا ما تقدم [٣/٥١٥] في خبر المصراة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " فهو بالخيار ثلاثة أيام "[2] قالوا: الثلاث مضروبة للتروي كما في خيار الشرط عندكم وهو فوري إذ لا يعرف نقصان لبنها إلا في الثالث، والرد إنما يكون بعد الاطلاع على الحقيقة كما في خيار الرؤية .

(**ويورث**) لا كخيار الرؤية والشرط لأن المراد بالإرث ليس إرث نفس الاختيار الذي هو نفس الفعل، فإنه[ب] غرض فات مع الميت بل إرث سببه وهو زيادة الثمن

(أ) **فصل:** (وفسخه على التراخي) أقول: الحديث قيده بالثلاث، فإن فسخه فيها صح وإن تراخا ما لم تمض الثلاث فله فسخه أو يرضى بالمعيب، فالأولى أن يقال: وله الفسخ ما لم تمض الثلاث أو يرضى بالمعيب، وإما أنه لا يعرف نقصان لبنها إلا في الثالث فبعيد، والعجب كله من المصنف وأهل مذهبه ومن الحنفية[3] في تلونهم في حديث المصراة، هذا فإنهم أثبتوا به أن التصرية عيب، وأثبت به الهادوية الخيار ثلاثاً، وأبطلوا منه الرد بصاع من تمر فأخذوا بثلثي الحديث وردوا ثلثه، وأخذت الحنفية بثلثه وأبطلوا ثلثيه، وأبطله محمد بن الحسن بكليه، فيا للعجب من هذه التلون، وأما حديث حبان بن منقذ فقد خالفوه بعدم إثبات الخيار بالغبن لمن باع عن نفسه أو شرى فلا يتم لهم الاستدلال ببعضه دون بعض، وإن كان خاصاً به فكذلك [٣/٥١٥].

(ب) **قوله:** فإنه غرض فات، أقول: الحقوق كلها كحق الاستطراق وحق مرور الماء بل والمعنى كالعلم ميراث الأنبياء، ومثل ورث الخلافة كابراً عن كابر الموروث لازم الحقوق كنفس المرور ونفوذ الكلمة وحصول الصورة عند العقل أو فيه، وفي الشفعة طلب الحكم بانتزاعها وبالجملة الأصل في الحقوق ميراثها كالأموال [٣/٥١٦].

---

(١) انظر:"الوسيط في المذهب للغزالي (٣/ ١٢٤ – ١٢٥) " المغني"(٦/ ٢٢٠ – ٢٢١) "البحر الزخار "(٣ / ٣٥٣)

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣)"المبسوط "للسرخسي(٣ / ٣٨ – ٣٩)"شرح معاني الآثار"(٤ / ٢١ – ٢٢) .(٤) "البحر الزخار"(٣ / ٣٥٣).

المنسوبة من القيمة، لأن البائع قبضها باطلاً ونظيره الشفعة، فإن الوراثة للعين المشفوعة لأن الميت استحقها بالطلب قبل موته، ولهذا لا تورث لو مات قبل طلبها كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله.

وأما احتجاج المصنف بأنه حق لازم كحبس المبيع لقبض الثمن، فقياس بلا جامع منقوض بخيار الشرط والرؤية فإنهما حقان لازمان بالشرع ولا يورثان .

(**و**) المعيب فسخه (***بالتراضي***) إن أمكن (***وإلا فبالحكم***)[1] لكن لا يحتاج إلى الحاكم إلا إذا تشاجرا (**بعد القبض**)، ولا بد من الحكم عند التشاجر .

(***ولو***) كان العيب (***مجمعاً عليه***) أي على أنه عيب، وقد تقدم الخلاف في ذلك وتقرير الأدلة فلا نكرره .

(**و**) الحاكم (***هو ينوب عن الغائب والمتمرد في الفسخ***)، خلافاً للناصر وأبي حنيفة وأصحابه، وقول للمؤيد بالله، وسيأتي الأدلة في مظانها من باب الحجر والتفليس والقضايا .

(**و**) كذا ينوب عنهما في (***البيع***) للمعيب سواء كان البيع (***لتوفير الثمن***) الذي قبضه من المشتري ثم غاب أو تمرد (***أو***) كان البيع من (***خشية الفساد***) على المبيع المردود كاللحم، لكن تختلف مقدار الغيبة في البيعين، ففي البيع لتوفير الثمن مسافة قصر وفي البيع لخشية الفساد حسب تسارع الفساد وبطؤه .

. . . .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٦ – ٦٥٧) .

وأما كون فسخه بالتراضي وإلا فبالحكم فظاهر لأنه إذا حصل التراضي أغنى عن التشاجر ، وإذا لم يحصل ووقع التشاجر احتاجا إلى رفع الخلاف ودفع الخصومة بالحاكم ، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده ، ولا بين أن يكون العيب مجمعاً عليه ، أو مختلفاً فيه ، وأما كون لحاكم ينوب عن الغائب والمتمرد في الفسخ فظاهر ، =

(و) الحاكم (**فسخه**) للمعيب (***إبطال لأصل العقد***) لأن حكمه في الإيقاعات ينفذ ظاهراً وباطناً كما سيأتي، ولا معنى لنفوذه في الباطن إلا رفع العقد، إذ لو لم يرتفع لجاز بقاء موجبه فلا ينفذ باطناً، وإذا بطل العقد (**فيرد معه**) الفوائد (***الأصلية***)، وأما الفرعية فقد استحقت بالضمان، كما تقدم لا بالعقد .

(**و**) وببطلان العقد (***يبطل كل عقد ترتب عليه وكل عيب***)[1] ثبت في المبيع وكان بحيث (***لا قيمة للمعيب معه مطلقاً***) أي: بحيث لا يشتريه مشتر في أي ناحية وعلى أي حال (***أوجب رد جميع الثمن***) لأن العقد باطل من أصله لما عرفت من عدم

= لأنه لو لم يكن له ذلك لحصل الإضرار بمن له الفسخ ، وهو منكر ودفع المنكر واجب ، والحاكم أقدر الناس عليه ، ولكن كان الأولى أن يقول المصنف : وهو يحكم على الغائب والمتمرد بالفسخ إذ لا معنى للنيابة هاهنا ، وسيأتي تكميل الكلام في باب القضاء .

وكما يحكم عليه بالفسخ يحكم عليه بالبيع لتوفير الثمن، أو لخشية الفساد ، وأما كون فسخ الحاكم إبطالا لأصل العقد فصحيح ، إذا كان الحكم بوجه الحق ، ولا وجه للتقييد بقوله : " ويرد معه الأصلية " بل لا يرد معه الأصلية ولا الفرعية لأن الخراج بالضمان ، كما حكم به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وأما كونه يبطل كل عقد ترتب عليه فظاهر لأن صحة المتأخر مشروطة بصحة المتقدم .

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٧)

قوله : " وكل عيب لا قيمة للمعيب معه ... إلخ " .

أقول : هذا كلام قليل الجدوى ، لأن مجرد وجود العيب يسوغ به رد المبيع ، وإن لم تنقص به القيمة كما قررنا فيما سبق أو نقصت به كما تقدم للمصنف ، ورد المعيب على كل حال يوجب رد جميع الثمن .

وأما قوله " لا بعد جناية فالأرش فقط " فقد تقدم له في الفصل الذي قبل هذا ما يغني عنه .

وأما قوله : " وإن لم يعرف بدونها " فقد جعله فارقاً بين الكلام هاهنا وبين ماتقدم ، وليس لهذا الفرق وجه لا من منقول ولا من معقول ، وقد قدمنا ماهو الصواب .

صحة بيع مالا قيمة له سواء تجدد فيه عيب مع المشتري أم لا لأنه لا شيء، وما لا قيمة له فلا عيب له إذ معنى العيب ما ينقص القيمة ولا قيمة (**لا**) إذا كانت قيمته إنما انتفت (**بعد جناية**) من المشتري (**فقط**) لا قبل البيع[1] فله قيمة كرمانة فسد حبها بالكلية، فإن لها قيمة قبل الكسر لا بعده (**فالأرش**) هو الواجب فيها للمشتري إذا كان الثمن أكثر من قيمتها فاسدة .

وللبائع إن كان أقل، لكن استحقاق البائع لأرش الجناية الحاصلة من المشتري إنما يثبت حيث لا تغرير منه للمشتري ، أما مع التغرير فإنه يضمن به ماضمنه المشتري له كما في ولد الأمة المدلسة على ناكحها بدعوى الحرية، وإذا استوى المضمونان تساقطا، وقوله (**فقط**) أي لا الرد إذ لا مردود فلا حاجة إلى قوله (**وإن لم يعرف**) العيب (**بدونها**) أي دون تلك الجناية؛ لأن ذلك إنما وجب التخيير فيما تقدم لبقاء المخير فيه، وهنا لا مخير فيه، فلم يبق إلا التراجع في الأرشين كما لو كانت قيمة الرمانة غير فاسدة ستة دوانيق وقيمتها فاسدة دانقاً واحداً أو ثمنها ثلاثة دوانق فإن العيب قد نقصها خمسة أسداس القيمة فينتقص من الثمن خمسة أسداسه دانقين ونصفاً يسقط من ذلك أرش الكسر، وهو كل قيمة الرمانة دانق واحد ويبقى للمشتري دانق واحد ونصف دانق [٥١٦/٣]، وقس على هذا ما يرجع به البائع على المشتري لو كان الثمن أقل من قيمتها فاسدة .

....

---

(١) [في نسخة الجناية] .

(**ومن باع ذا جرح**) وقع في المبيع من بائع أول والجرح مما مثله (**يسري** [1]) في العادة (**فسرى**) مع المشتري الآخر (**فلا شيء على**) البائع (**الجارح في السراية**) لا للبائع الثاني ولا للمشتري منه، أما المشتري فلا حجة له على الجارح لأنه جرح قبل ملك المشتري فلم يجن على ملك له، وأما البايع فكذلك لأن أرش السراية إنما يجب بعدها وهي لم تقع في ملكه، وبهذا تعلم أن لا حاجة إلى قوله: (**إن علما**) أن الجرح يسري (**أو**) علم (**أحدهما**) فقط إذ لا دخل للعلم ولا للجهل في علة[أ] مطالبة أحدهما للجارح .

(أ) **قوله:** في علة مطالبة أحدهما للجارح، أقول: لأنهما إذا علما فلا يرجعان عليه، أما البايع فلأن السراية وقعت في غير ملك الجارح، وأما عدم رجوع المشتري فلأنه اشترى مع علمه بالسراية فلا رجوع على البايع، فإن انفرد بالعلم البائع لم يرجع على الجارح لأنه رضي بإسقاط حقه حيث باعها وهو عالم أن السراية تقع في ملك غيره، وإن انفرد بالعلم المشتري فليس له الرجوع لأنه قد رضي بالعيب، فعرفت أن العلم لا دخل له في الرجوع على الجارح، نعم يختلف العلم والجهل بالنسبة إلى المشتري، فإن الجراحة في حقه عيب، فإن شراه جاهلاً فمثل سائر العيوب يثبت الرد والأرش أو يمتنع الرد ويثبت الأرش، وإن كان عالماً بطل خياره.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٦٥٧ – ٦٥٨)

قوله : " ومن باع ذا جرح يسري فسرى ... إلخ " .

أقول : لا يخفاك أن الجاني على ملك الغير قد لزمه أرش الجناية بالشرع ، فلا يسقط عنه إلا بإسقاط لا بمجرد بيع المالك أو شراء المشتري منه ، فإن هذا لا يصلح مسقطاً لما هو لازم ، هذا إذا كان الجاني على ذلك أجنبياً ، أما إذا كان الجاني هو المالك الأول ، ثم باعه إلى آخر ، وهذا باعه إلى مشتر ، فلا شك أن سراية الجناية عيب ثابت من عند البائع الأول فالرد به ثابت ، فإن علم المشتري منه بالسراية واشتراه منه فهو كما قدمنا في تقدم العلم بالعيب ، وهكذا إذا علم المشتري منه بأن مثل ذلك الجرح يسري فهو كذلك فلا رد ولا أرش ، وإن جهلا كان لكل واحد منهما الرد بذلك العيب ، وهو السراية فإن تعذر الرد بوجه فالأرش ، وبالجملة فهذه المسائل أكثرها تطويل بلا طائل مع كون غالبها على شفا جرف هار وقد تقدم ما يغني عن هذا فإن قوله : " فلا رد ولا أرش إن تقدم =

(**و**) إنما علة المطالبة علة (**العكس**) التي زعم أنها لا تثبت إلا (**إن جهلا**) كون الجرح يسري (**وتلف**) المجروح وهي أن المشتري لما كان له الرجوع بأرش السراية على البائع لحق البائع غرم بسبب الجارح فيضمنه إياه بالتسبيب لا بالمباشرة، وذلك[أ] ثابت مع علمهما للسراية وجهلهما كما لو كان الجارح غير المالك الأول، وأما ما يتوهم من أن البائع لما باع كان بيعه رضا بعيب السراية فلم يكن له الرجوع بأرشه، فوهم لأن معنى الرضا بالعيب إسقاط الأرش والرد، والإسقاط لا يصح قبل استحقاق المسقط، وأرش السراية إنما لزم بعد البيع، وإن كان سبب السراية قبله، ولولا ما عللنا به لم يصح قوله: (**أو رد بحكم**) فإنه يثبت للبائع الثاني الرجوع على البائع الأول، لأن العلة في عدم

(أ) **قوله:** وذلك ثابت مع علمهما بالسراية وجهلهما، أقول: قد اختار صاحب الأثمار ما جنح إليه الشارح واستضعف قول أهل المذهب بإسقاط الأرش على الجاني لأنه لا وجه له ظاهر، أو اختار لزوم الأرش للجارح مطلقاً سواء علما أو أحدهما أو جهلا، وهو المفهوم من كلام الفقيه علي، وقولهم إن البيع كإبراء البائع للجاني فيه بعد، وقولهم: إن السراية وقعت في غير ملكه ليس بسديد؛ لأن البايع قد استحق الأرش بمجرد السبب وهو الجناية، لأنهم لم يعتبروا في كثير من المواضع إلا السبب دون السراية، وذلك في من جنى على عبد جناية فسرى إلى النفس ثم أعتق، فجعلوا العبرة بوقت الجناية هنا في البائع والجارح.

= العلم " يشمل كل عيب ، ومنه الجرح الذي يسري ، ويغني عن قوله " و العكس إن جهلا وتلف " قوله في الفصل المتقدم قبل هذا " ويستحق الأرش لا الرد بتلفه " إلخ وكون المسألة مفروضة في بائعين أو ثلاثة أو أربعة أو عشرة أوزيادة على ذلك لا يقتضي شغلة وإتعاب الطلبة فإن البحث واحد.

الرجوع لو كانت هي[أ] الرضا بالعيب كما توهم لما ثبت له الرجوع سواء رد بحكم أو لم يرد به .

(**و**) الجرح الذي يسري (**هو عيب**) كلام لا حاصل له لأن الجرح مطلقاً يسري أو لا يسري عيب (**وإذا**) باع الوصي من تركة الميت شيئاً فرد عليه بعيب ثم (**تعذر على الوصي الرد**[1]) لثمن ذلك المعيب (**من التركة**) لنفاذها ومن الغرماء الذين قضاهم لغيبتهم أو تمردهم (**فمن ماله**)[ب] يرد الثمن.

(أ) **قوله:** هي الرضا بالعيب، أقول: إنما العلة الرضا بالعيب مع العلم، فإذا جهل فباع فتلف المبيع فليس البيع رضا أو جهل أو باع فرد بالحكم، فالحكم كالإتلاف له الرجوع بأرش السراية على الجارح، فالحاصل: أنه قسم البائع جاهلاً له إلى قسمين يستحق فيهما الرجوع على الجارح إما تلف المبيع أو الرد بالحكم، وذلك كله مع جهله بسراية الجراحة، وجعل البيع رضا مع العلم فلا يرد ما أورده الشارح فإن الرد بالحكم قسيماً للتلف، وهما تحت جهل البائع بالعيب.

(ب) **قوله:** فمن ماله، أقول: استدل له في "البحر" [2]بحديث [3]"على اليد ما أخذت حتى ترد"، قال

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٥٨) :

قوله : " وإذا تعذر على الوصي الرد من التركة فمن ماله "

أقول : لا وجه لهذا من معقول ولا من منقول ، فالوصي لا جناية منه ولا تفريط ولا تغرير ، ولا تدليس فبأي وجه حل تغريمه ، فإنه إذا تعذر عليه الرد من التركة لثمن ما باعه كان صاحب ذلك الثمن من جملة من يتعلق له حق بتركة الميت ، ويصير كأحد الغرماء يصير له من الأسوة بقدر ما هو له من الثمن إذا لم يمكن أن يوجد في التركة ما يقوم بجميع الثمن ، هذا على تقدير أن العين المبيعة التي اشتراها من الوصي قد تلفت ، أما لو كانت باقية كان أحق بها كما حكم بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقوله : " من وجد سلعته عند مفلس فهو أحق بها " والميت الذي صارت تركته مستغرقة بالدين له حكم المفلس ولتركته حكم ما في يد المفلس .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٦٧) .

(٣) أخرجه أحمد (٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣) وأبو داود رقم (٣٥٦١) والترمذي رقم (١٢٦٦) والنسائي الكبرى (٣ / ٤١١ رقم ٥٧٨٣) والحاكم (٢ / ٤٧) كلهم من حديث الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : " على =

قلت: لكن ينبغي أن يقيد غرمه من ماله بما إذا قبل الرد بالتراضي، أما إذا رد عليه بحكم فلا، إذ لا مرجح لفوات ماله على فوت مال المشتري لأنه أمين لا ضمين، بل يصير المشتري كما لو اشترى من مفلس وتعذر عليه استرجاع الثمن، فليس له إلا أخذ المعيب بقيمته والزايد يهدر حيث لا قضاء.

وأما قولهم إن الحقوق تتعلق بالولي والوكيل فلم يريدوا تعلقهما بمالهما بالأصالة أو بالانتقال، كما تنتقل الحقوق البدنية إلى المال، وإنما أرادوا تعلق التصرف بهما.

نعم لو حدث من الوصي تغرير للمشتري لصح الرجوع عليه بما تعذر من الثمن.

فصل

(***وإذا اختلف المشتريان***) المشتركان في شراء المعيب، بأن قال أحدهما فيه عيب وقال الآخر ليس بعيب (***فالقول في الرؤية لمن رد***) سواء تقدم أو تأخر ويجبر[أ] الراضي على رد نصيبه لئلا يفرق الصفقة على البائع (**و**) أما (**في**) خيار

عليه في "المنار"[1] لا وجه لهذا وليس الحديث نصاً فيه.

فصل وإذا اختلف المشتريان.. إلخ

(أ) **قوله:** يجبر الراضي، أقول: إذا اختلف رأيهما في الرضا والرد فالعبرة بمن رد، ويجبر الراضي على رد نصيبه من المبيع لئلا يفرق الصفقة فيكون ذلك إضراراً بالبائع إن قيل قد أبطلتم على الراضي ما ثبت له الشرع من قبول نصيبه.

= اليد ما أخذت حتى تؤديه ".

وهو حديث ضعيف. والله أعلم.

(١) (٢ / ٤٧).

(***الشرط***) إذا شرطاه لكل منهما فإن القول (***لمن سبق***) بالرد أو الرضى، والمـــراد يكون القول قوله إن الحكم لما فعله، ولا يخفى أن ترجمة الفصل بالمشتريين قاصـــرة عـــن شمول البائعين والبائع والمشتري إلا على حمل(أ) المشترك وتثنيته أيضاً على كـــلا معنييـــه، وفيهما الخلافان المشهوران، فلو قال وإذا تعدد من له الخيار، واختلفوا فالقول إلى آخره ليبقى لقوله (***والجهة واحدة***) فائدة لكان أولى لأنها إذا كانت مختلفة بين بائع ومشـــتر

قلنا: لم يثبت له الشرع ذلك إلا على وجه لا يكون فيه تفريق الصفقة ولا إلزام شريكه لنصيبه مع كراهته له.

قلت: والدليل على المنع من تفريق الصفقة أن البائع لم يرض بالعقد إلا على العين كلها لا على جزء منها، فإن وجب الرد استحق إرجاع العين كلها وإلا كان أخذ جزء منـــه- لم يقـــع عليـــه عقـــد بخصوصه، فإن رضي البائع بتفريق ذلك جاز لأنه ماله يبيعه كيف شاء بيعاً غير منهي عنه.

(أ) **قولـه:** إلا على حمل المشترك [1]وتثنيته على كلا معنييه، أقول: متعلق بحمل وتثنيته على جهة التنازع أي حمله على كلا معنييه وتثنيته على كلا معنييه.

وقوله: وفيهما، أي في حمله وتثنيته خلاف الأصوليين[1] في الأول وخلاف النحاة في الثـــاني، وهـــي مسألة معروفة في الفنين.

---

(١) المشترك هو اللفظة الموضوعة لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعا أولاً من حيث هما كذلك ، فخرج بالوضـــع مايـــدل على الشيء بالحقيقة وعلى غيره بالمجاز ، وخرج بقيد أولاً المنقول وخرج بقيد الحيثية المتواطئ فإنه يتناول الماهيـــات المختلفة لكن لا من حيث هي كذلك بل من حيث إنها مشتركة في معنى واحد ، وقد اختلف أهل العلم في المشـــترك فقال قوم إنه واجب الوقوع في لغة العرب وقال آخرون إنه ممتنع الوقوع • وقالت إنه جائز الوقوع •

انظر : " البحر المحيط " (٢ / ١٤٢) " إرشـــاد الفحـــول " (ص ٩٩ – ١٠١) " المحصـــول " (١ / ٢٦٤ – ٢٦٦) •

فخيار[أ] أحدهما لا يبطله بطلان الآخر (**فإن اتفقا**) أي اتفق زمان اختيارهما المتنافي (**فالفسخ**)[ب] هو الراجح كتقديم البينة الناقلة عن حكم الأصل (**و**) إذا تفاوتا (**في**) الرد الذي [٣/٥١٧] أوجبه (**العيب**) كان الحكم (**لمن رضي و**) لكن (**يلزمه**) المبيع (**جميعاً**) لئلا يفرق الصفقة أو يلزم شريكه ما لا يجب عليه (**وله أرش حصة الشريك**) إن ثبت العيب .

وأما لو اختلفا في وجود العيب وعدمه فرضيه لعدم العيب عنده كان معترفاً بعدم استحقاق أرش، وعن الشافعي [١]ومالك[٢] وأبي يوسف[٣] ومحمد تُفرق الصفقة ويعود البائع شريكاً للراضي، وقال أبو حنيفة[٤]: بل لا يثبت للكاره الرد تقديماً لحكم الراضي، وكل هذه تظننات بلا دليل.

والحق بقاء البائع شريكاً في الخيارات الثلاثة، لأنه ببيعه من اثنين أوجب لكل منهما حقاً في القبض والرد، فلا يتقيد أحدهما بما فعله الآخر إلا إذا ضمهما عقد من عقود

(أ) **قوله:** فخيار أحدهما لا يبطله بطلان الآخر، أقول: في شرح الأثمار هذا المذهب وهو قول أبي حنيفة، وقال مالك وأبو يوسف ومحمد بل يفرق الصفقة .

لنا أن كل واحد كالوكيل للآخر، وإنما جعلنا في خيار الرؤية العبرة بمن رد لما تقدم، وجعلنا في خيار العيب العبرة بمن رضي لزوال المضرة عن الكاره بأخذ العوض، هكذا في " الغيث"[٥].

قلت: وفي تفريق الصفقة إضرار بالبائع كما تقدم.

(ب) **قوله:** فالفسخ، أقول: قال مالك: بل الرضا أولى لتقريره الأصل وهو بقاء العقد [٣/٥١٧].

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ١٤٣ – ١٤٤) " روضة الطالبين " (٣ / ٤٢٣) .

(٢) " مدونة الفقه المالكي " (٣ / ٣١٦) " عيون المجالس " (٣ / ١٤٧٨ – ١٤٧٩) .

(٣) انظر : " شرح فتح القدير " (٦ / ٤٣) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٦٤ – ١٦٥) .

(٥) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٦٣ – ٣٦٤) .

الشركة الآتية تصيرهما بمترلة مشتر واحد، فإن عقد البيع يبقى ما بقي أحدهما ممضياً لـــه، وأما غيرهما فمجرد[أ] كون الصفقة واحدة في اللفظ لا ينافي تعددها في الحقيقة، لأنهـــا في قوة بعت من كل واحد منكما نصفاً، فكما لو صرح بهذا لم يتقيد أحدهما بالآخر، فكـــذا إذا كان مراداً لأن المقدر كالمذكور.

(أ) **قوله:** فمجرد كون الصفقة واحدة في اللفظ، أقول: الصفقة واحدة والحقيقة ما طابقهـــا، ولـــيس المراد ما في نفس الأمر إذا البيوع معتبرة بالعقود التي هي مناط الرضا أو بما يقوم مقامها ودل على ما دلت عليه، والفرض هنا أنها صفقة واحدة وليست كما قال في قوة بعت مـــن كـــل واحد منكما، بل الفرض أنه باع من [كل] [1]واحد بلفظ واحد، و"المنار"[2] جنح إلى مثل كـــلام الشارح.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) (٢ / ٤٨) .

باب[أ]
(ما يدخل في المبيع وتلفه واستحقاقه)

(أ) **باب:** ما يدخل في المبيع، أي: بمجرد العقد، فالداخل فيه كأنه من مسمى المبيع، وهو حكم شرعي مداره على الأمر العرفي وهو يختلف باختلاف أعراف الجهات، فليس فيه حكم كلي إلا العرف، وقد صرح به المصنف في "الغيث"[1] حيث قال: وذلك يختلف باختلاف الجهات، ثم قال: وعلى الجملة فالعرف حاكم ثم الباب معقود لثلاثة أحكام.

الأول : ما يدخل في المبيع.

والثاني : تلفه.

والثالث :استحقاقه، وقد عقد فصلين للأول والثالث وأدخل الثاني في فصل الأول.

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٣٦٩ – ٣٧٠).

فصل

(**يدخل في المبيع ونحوه**[1]) من التمليكات لله أو لعباده ما جرى به العرف تقييداً للمطلق بالعادة كما علم في الأصول، ثم إذا كان هناك عرفان عام وخاص فقال الإمام يحيى[2]: يتبع العام، وهو خلاف القواعد، لأن الخاص في محله أقوى من العام .

فيدخل (**للمماليك ثياب البذلة**) التي لا بد منها عند مزاولة الأعمال والخدم، إذ هي المستمرة التي لا تنفك عن المبيع في يد البائع، ولو قدم قوله: (**وما تعورف به**) لكفاه عن ذكر ثياب البذلة لأنها مما تعورف بإخراج المملوك به كسوار الأمة، وقلادتها المبتذلات للخدمة .

(**وفي الفرس العذار**) وهو ما يشد في رأسه ليربط به، وقوله: (**فقط** [3]) يريد دون اللجام لانفكاكه، إذ المتعارف هو ما لا ينفك مع البائع كما عرفناك .

(**وفي الدار طرقها**) لعدم انفكاكها عنها (**وما ألصق بها لينفع مكانه**) مما لا ينفك عن موضعه كالأبواب والمدقة التي لا تنقل، وأما الرحى فالعرف أنها من ماعون البيت، فلا يدخل جزاءها ولا أحدهما (**وفي الأرض الماء**) من بئر أو غيل (**إلا مخير لعرف**) قاض بانفصال أحدهما عن الآخر .

. . . .

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٣) .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٦٠) هذا وإن كان رداً إلى مجرد العادة فهي في مثل هذا متبعة لأنها كائنة في ضمير كل واحد من المتبايعين ، فإذا قال : بعت منك العبد أو الأمة فمعلوم لكل واحد منهما أنه لابد أن يكون عليهما ما يستر عورتيهما ويوارى ماجرت عادة الناس في مماليكهم بموارته على اختلاف في ذلك بين أعراف أرباب المناصب والحشمة والثروة وبين غيرهم .

(٣) لاوجه لقول المصنف " وفي الفرس العذار فقط " بل المتوجه الرد إلى العرف كائناً ماكان ، وعرف أهل البلد لايلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم .

(***والسواقي والمساقي***) وهي ما يجتمع منها ماء المطر إلى السواقي المعروفة بالصبابات •

(***والحيطان والطرق المعتادة إن كانت***) متعارفاً عليها، وأما قوله: (***وألا***) يكن لها طريق متعارف عليها •

(***ففي ملك المشتري إن كان***) له ملك يوصل إليها فخارج عن محل التراع، إذ التراع في ماذا يجب للمشتري على البائع تبعاً للمبيع، والمشتري لا يجب عليه شيء بنفسه، فالقياس حذفه وقد أخره في البحر عن قوله: (***وإلا ففي ملك البايع إن كان***) له ملك يوصل إليها، لأن ذلك مما لا يتم تسليم المبيع الواجب على البائع إلا به (***وإلا***) يكن للبائع[أ] ملك يوصل إليها (***فعيب***) يخير المشتري بين أخذها بعيبها أو فسخها، وهل الظاهر في الطرق ملك قرارها لأن الاستطراق يد ثابتة عليها، أو الظاهر إنما هو حق الاستطراق فقط لغلبة تعلق الحقوق بملك الغير؟ قال المصنف[ب]: يتبع العرف •

(***و***) يدخل في بيع الأرض أصل شجر (***نابت***) فيها إذ كان مما (***يبقى سنة فصاعداً***) كغروس العنب والقصب للعرف الجاري بذلك، أما لو لم يتعارف بذلك كما في بيع الجرب التي في أعرامها أثل فالعرف جار في جهات صنعاء بأن الأثل لا يدخل إلا

(أ) **قوله:** وأن لا يكن للبائع ملك [طريق][1] يوصل إليها فعيب، أقول: ظاهره طريق في ملك البائع والمشتري فعيب، والظاهر إنما يثبت العيب إلا بذلك، والأولى أنه يثبت بعدم الطريق في ملك البائع، وإن كان للمشتري طريق.

(ب) **قوله:** قال المصنف يتبع العرف، أقول: بل يقال إن كان البائع مالكاً لقرار الطريق انتقل ملكه لقرارها إلى ملك المشتري، وإن كان ليس له إلا حق الاستطراق انتقل الحق•

والحاصل أنها انتقلت إليه الطريق بصفتها التي كانت عليها عند البائع [٥١٨/٣].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى •

بعقد، فلو اكتفى في الجميع بالتقييد بالعرف لكان أولى (**لا**) فرع لذلك الأصل هو من (**ما يقتطع منه**) في العادة كفروع القضب الموجودة حال البيع ونحوها، فإنه لا [٥١٨/٣] يدخل (**إن لم يشترط**) فإن اشترطه المشتري دخل، والذي يقتطع هو ما كان (**من غصن**) كما في أغصان القات التي تقطف للأكل (**وورق**) كورق الحناء (**وثمر**) قد ظهر من عوده، وقال الناصر[١] ومالك[٢] والشافعي[٣]: بل وما لم يظهر إذا كان قد استظهره البايع بأن أبَّر[أ] النخل المبيعة سواء كانت هي فقط أو تبعت الأرض في البيع.

فههنا مقامان[ب].

أحدهما: أن التأبير يوجب بقاءه للبائع وإن لم يظهر.

(أ) **قوله:** بأن أبر النخل، أقول: أبر بفتح الهمزة وتشديد الباء، في غريب الجامع[٤]: أبرت النخلة ألقحتها أو أصلحتها، والإبار التلقيح، وكذلك التأبير، وفي "نهاية المجتهد"[٥]: التأبير في النخل أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها، وفي سائر الشجرات يبور ويعقد.

(ب) **قوله:** مقامان، أقول: ومقام ثالث هو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى [٦]أنه للمشتري سواء أبر أم لم يبر، اشترطها أو لم يشترط، فرد الحديث بالقياس بأنه رأي أن التمر من المبيع، قال في " نهاية المجتهد"[٧]: ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٣) .

(٢) " عيون المجالس " (٣ / ١٤٤٧) .

(٣) " روضة الطالبين " (٣ / ٥٥٣) .

(٤) " جامع الأصول " (١ / ٦٠٢) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٦٥) .

(٦) انظر : " الأم " للشافعي (٨ / ٢٣٣ – اختلاف العراقيين) وقال ابن المنذر في كتابه " الإجماع " (ص ١١٦ رقم ٤٨٢ ، ٧٨ ، وانفرد ابن أبي ليلى فقال : التمر للمشتري وإن لم يشترط ، لأن ثمر النخل من النخل " .

(٧) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٦٥) بتحقيقي .

والثاني: أن عدم التأبير يوجبه للمشتري وإن كان قد ظهر، ثم المخالف لم يفرق بين بيع الأرض بشجرها وبين بيع الشجر وحده، وفرق المصنف بأن الشجر إذا بيع وحده كان الثمر الظاهر كصوف الشاة للمشتري [كالزرع للبايع] [1]بلا خلاف، وإذا دخل الشجر تبعاً لبيع الأرض فكما لزرع للبائع، وأما إذا لم يكن قد ظهر فادعى صاحب[أ] الروضة[2] الإجماع على كونه للمشتري، وقال المخالف: التأبير يوجبه للبائع وإن لم يظهر، وعدمه يوجبه للمشتري وإن ظهر أيضاً، حجتهم في المقام الأول حديث ابن عمر [3]عند الجماعة كلهم من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ومن باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، قلنا ذلك في بيع النخل منفردة لا تابعة للأرض، والنزاع[ب] فيه، قالوا: مراد به بيع الأرض ذات النخل، وإنما أطلق اسم الحال على المحل مجازاً مشهوراً.

(أ) **قوله:** صاحب الروضة، أقول: هو الفقيه ابن سليمان[4] من فقهاء مذاهب الآل.

(ب) **قوله:** والنزاع فيه، أقول: قد قدم أن المخالف لم يفرق بين بيعه استقلالاً أو تبعاً، فلا معنى لحصر النزاع فيه، بل هو أعم من ذلك، والضمير في قوله قالوا: مراد به أي بلفظ النخل في الحديث.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " مؤلفات الزيدية " (٢ / ٦١ رقم ١٦٦٧) .

(٣) أخرجه البخاري رقم (٢٣٧٩) ومسلم رقم (٨٠ / ١٥٤٣) وأحمد (٢ / ٩ ، ٨٢ ، ١٥٠) وأبو داود رقم (٣٤٣٣) والترمذي رقم (١٢٤٢) والنسائي رقم (٤٦٣٦) وابن ماجه رقم (٢٢١١) والطيالسي رقم (١٨٠٥) وابن الجارود مفرقاً (رقم ٦٢٨ ، ٦٢٩) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٢٤) .

(٤) محمد بن سليمان أبي الرجال اليمني ت [٧٣٠ هـ] .
" مؤلفات الزيدية " (٢ / ٦١ رقم ١٦٦٧) .

قلت: وذلك ينافي ما ادعاه صاحب [1] الروضة ٠

وفي المقام[أ] الثاني مفهوم الصفة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم نخلاً قد أبـــرت، قلنا: أثبتم بالتأبير كونه للبائع قبل ظهوره، فمع ظهوره بالأولى والفحـــوى أقـــوى مـــن المخالفة، قالوا للعلاج أثر في الاستحقاق، وذلك فارق يمنع قياس الأولى فتسقط الأولوية، وبهذا يظهر صحة قول المصنف في تبعية الثمر لبيع الشجر، والأقرب[ب] عندي دخولها هنا كالصوف على الشاة، وفساد[ج] قوله بخلاف ما إذا دخل الشجر تبعاً لبيع الأرض فهـــو

(أ) **قولـه:** وفي المقام الثاني، أقول: وهو أن عدم التأبير يوجبه للمشتري، دل له مفهوم المخالفة في قوله: قد أبرت فإنه دل على أنها إذا لم توبر فهي للمشتري ٠

وأجابوا بأنه إذا ظهر كان ثبوته للمشتري أولى منه قبل ظهوره إذ قد أثبتم ذلك بمجرد التـــأبير، وإن لم يظهر، وأجيب بأن التأبير علاج من البائع استحق به الثمرة بنص الشارع فليس النـــهي بمفهـــوم المخالفة بل لعدم العلاج الذي به أثبت النص الاستحقاق وقد استقر به الشارح كما ستعرفه.

(ب) **قولـه:** والأقرب عندي، أقول: أي عند الشارح وهذا موافقة منـــه للمصـــنف في صـــورة بيـــع الشجرة مستقلة أن ثمرها للمشتري، وأنه كالصوف على الشاة، إلا أن هذه الصورة الـــتي وافـــق المصنف هي أعم مما في الحديث، لأنه حكم بثمرة الشجرة سواء أبرت أم لا، ويأتي له أجزاء حكـــم الثمرة على ما هو الأوفق بالحديث، وعبارة الشارح طالت بلا طائل.

(ج) **قولـه:** وفساد قوله بخلاف ما إذا دخل الشجر تبعاً لبيع الأرض.. إلخ، أقـــول: المصـــنف ذكـــر صورتين وفرق بينهما في الحكم ٠

الأولى: قد وافقه الشارح عليها وهي استحقاق المشتري لبذر الشجرة إن اشـــتراها مســـتقلة عـــن أرضها، وقال إن بذرها كالصوف على الشاة ٠

---

(١) تقدم ذكره ٠

وقد ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٣٧٨) ٠

أشبه بالزرع، إذ دخل لأجل بيع الأرض انتهى لأن الموجب لملك المشتري للثمر هو ملكه للشجر .

وكون الشجر مملوكاً بالأصالة أو بالتبعية طر [و][(1)] لا يفرق بمثله، ولأن قوله إذا دخل لأجل بيع الأرض غلط لأن الزرع لا يتبع بيع الأرض فقد بان[(أ)] لك بحكم الحديث

الثانية : إذا دخلت الشجرة في ملك المشتري تبعاً لشرائه أرضها، فإن ثمرها لا تدخل في ملكه كما لا يدخل الزرع في ملكه إذا شرى الأرض، فقال الشارح أن هذا الذي قاله المصنف فاسد في هذه الصورة، وعلل فساده بأمرين .[(2)]

الأول: أن الذي أوجب ملك المشتري للثمر ملكه الشجر وكونه بالاستقلال أو التبعية لا حكم له لأنه طرد .

والثاني بقوله، ولأن قوله إذا دخل لأجل بيع الأرض غلط، لأن الزرع لا يتبع بيع الأرض.

قلت: هذا سوء فهم في مراد المصنف إذ مراده أن الشجر المشترى تبعاً للأرض لا يدخل ثمره في ملك المشتري، كما لا يدخل الزرع في ملكه، فشبه ثمر الشجر المشترى تبعاً للأرض بالزرع في عدم دخوله في ملكه وشبهه في الصورة الأولى بالصوف على الشاة، ثم عبارة المصنف إذا دخل بالشرطية والشارح قال إذ دخل.

(أ) **قوله:** فقد بان لك.. إلخ، أقول: هذا مبني على أنه أريد بالتأبير التمثيل والتنبيه على أن علة استحقاق البائع للثمر علاجه، وأنه لا فرق بين الزرع وثمر الشجرة، وكلامه حسن إلا أن صواب العبارة أن يقول: وبهذا يعلم أنه لا فرق بين الزرع وغيره، فإن عبارته قاضية أنهم يقولون: أنه [لا] [(1)] ملك المشتري الزرع ولا يقولونه، بل يقولون لا يدخل في المبيع، أنه كالشيء الملقى على وجه الأرض المبيعة كما قرره المصنف.

---

(1) زيادة من نسخة أخرى .

(2) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٣٨٠ - ٣٨١) .

فائـدة: (قوله صلى الله عليه وآله وسلم) ومن ابتاع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كان يحسن التعرض لهذا كما تعرض لقرينه، وقد تعرض له ابن رشد في "نهايته"[1] فقـال: مسـألة اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة أقوال.

أحدها: أن ماله في العتق والبيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع، وكـذلك في الكتابـة، وبـه قـال الشافعي[2] والكوفيون.

الثاني: أن ماله تبع له في العتق والبيع، وهو قول داود [3]وأبي ثور، الثالث: أنه تبع لـه في البيـع والعتق إلا أن يشترط البائع، وهو قول مالك [4]والليث.

حجة من رأى أن ماله في البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر عنه صلى الله عليـه وآله وسلم: " من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع ".

ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع.

ومن رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالكاً عندهم، وهي مسألة اختلف فيها العلماء اختلافاً كبيراً.

أعني: هل يملك العبد أو لا يملك، ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القيـاس علـى السـماع لأن حديث ابن عمر[6] هو حديث خالف فيه سالم نافعاً لأن نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمر وسالماً رواه عن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٦٦ – ٣٦٧).

(٢) " الأم " (٦ / ٨٣) " الحاوي الكبير " (٥ / ٢١٥ – ٢٦٦).

(٣) في " المحلى " (٨ / ٤١٣).

(٤) انظر : " المنتقى " للباجي (٤ / ١٧٠) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ٢٧٨ – ٢٧٩).

(٥) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٦٧).

(٦) تقدم وهو حديث صحيح.

وأما مالك فقال الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع إذ اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضا أو ديناً، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: " من أعتق عبداً فما له إلا أن يستثنيه سيده "[1] انتهى كلامه.

قلت: وأحاديث الباب اختلفت فمنها حديث ابن عمر[2] الماضي وأخرج الدار قطني في الأفراد والبيهقي [3]عن ابن عمر يرفعه: "إذا أعتق العبد تبعه ماله إلا أن يشترط المعتق"، وكأنه الذي أشار إليه مالك.

وأخرج الستة [4]وعبد الرزاق[5] وابن أبي شيبة عن ابن عمر[6] أيضاً من باع عبداً وله مال فماله

---

(١) أخرجه أبو داود رقم (٣٩٦٢) وابن ماجه رقم (٢٥٢٩) والدراقطني في " السنن " (٤ / ١٣٣ رقم ٣١) والبيهقي (٥ / ٣٢٥) من طريق ابن وهب ، أخبرني ابن لهيعة والليث بن سعد ، عن عبيد الله بن أبي جعفر ، عن بكير بن الأشج عن نافع ، عن عبد الله بن عمر ، عن رسول الله ﷺ قال : " من أعتق عبداً فماله إلا أن يشترط السيد ماله ، فيكون له " .

قال ابن ماجه : وقال ابن لهيعة : إلا أن يستثنيه السيد ، قال البيهقي : " وهذا بخلاف رواية الجماعة عن نافع ، فقد رواه الحفاظ عن نافع عن ابن عمر عن عمر كما تقدم " يعني في البيع .

قلت : وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ، من طريق الليث ، وأما ابن لهيعة فإنه سيء الحفظ ، ولكنه مقرون .

وأما تضعيف أحمد لعبيد الله بن أبي جعفر ، فهو رواية عنه ، وقد ذكر الذهبي في " الميزان " (٣ / ٤) نحوها ، وقال : " وروى عبد الله بن أحمد عن أبيه : ليس به بأس " .

وهذا هو الأرجح الموافق للكلام الأئمة الآخرين ، فقد قال أبو حاتم والنسائي وابن سعد : " ثقة " واحتج به الشيخان .

انظر : " الجمع بين رجال الصحيحين "لابن القيسراني (١ / ٣٠٥ رقم ١١٦٥) .

وخلاصة القول أن الحديث صحيح .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣) في " السنن " الكبرى " (٥ / ٣٢٦) .

(٤) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٥) في " المصنف " (٩ / ١٥١) .

(٦) في " المصنف " (٦ / ٤٨١) .

للذي باعه إلا أن يشترطه الذي شراه، وأخرجه أبو داود وابن جرير في تهذيبه وسعيد بن منصـور عن ابن عمر، وأخرجه ابن أبي شيبة عن علي موقوفاً، وأخرجه هو وأبو داود[1] عن جابر، وأخرجه الطبراني [2] عن عبادة بن الصامت.

فهذه الأحاديث كما ترى أفادت أن المال للبائع عند خروج العبد عن ملكه إلا أن يشترطه المبتاع، فهذا الحكم الذي ذهب إليه مالك موافق للأحاديث في البيع.

وأما في العتق فإن الحديث حكم بأن المال يبقى للعبد، إلا أن يشترطه سيده الذي أعتقه، فإن صح الحديث فالعمل به أولى، ولا ضير في اختلاف حكم مال العبد في العتق والبيع بعد قيام الدليل على ذلك.

وأما تفرعها على كون العبد يملك أو لا فهذه الأحاديث أخذ منها صاحب "المنار" [3]في حاشيته ملك العبد، فقال: في أوائل مباحث الزكاة: إن الأحاديث حكمت بتبعية مال العبد له في المبيع ما لم يشترطه المالك هذا لفظه، وأراد بالأحاديث ما سمعته، ولا يخفى أنه وهم، فإن الأحاديث حكمت به لبائعه إلا أن يشترطه المشتري عكس ما قاله رحمه الله، وكأنه انتقل ذهنه إلى حديث العتـق، فإنـه حكم بأنه للعبد إلا أن يشترطه سيده.

وإذا عرفت أن الأحاديث أفادت أن مال العبد يصير إلى سيده إذا أخرجه عن ملكه فـإن اشـترطه المشتري صار له مال عبده، فالعبد في الحالين غير مالك شيئاً.

نعم الإضافة في قوله فماله، فمال العبد دليل على أنه يملكه إلا أنها دلالة لا تقاوم الحكـم بـالنص للبائع أو للمشتري، بل الحكم بذلك قرينة أن الإضافة للملابسة لا للملكية، وأن المراد ما لابسـه وصار تحت يده من الفراش والنحاس والسلاح ونحوه.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٣٥) .

(٢) في " المعجم الكبير كما في مجمع الزوائد " (٤ / ١٠٧) وقال الهيثمي أخرجه الطبراني في الكبير وإسحاق بن يحيى بن عبادة لم يدرك جده عبادة .

(٣) (١ / ٢٨٢ – ٢٨٣) .

المذكور أن البائع إنما يستحق الثمر بعلاجه أو اشتراطه فإن لم يكن علاج ولا شرط فللمشتري بلا شرط، وبهذا يعلم أنه إنما ملك الزرع لأنه لا ينبت إلا بعلاج فهو كالتأبير بجامع كون كل منهما ناشئاً عن مادة هي من البائع كالنطفة من الأب .

(**و**) ما ثبت أنه لا يدخل في المبيع فإنه (**يبقى للصلاح**) أي إلى أن يصلح، وقال المنصور وابن أبي الفوارس[1] بل يجب على البائع رفعه إن لم يرض المشتري ببقائه، ويكون البقاء أيضاً (**بلا أجرة**)، وقال أبو مضر [2] بل بالأجرة.

فقد يكون عند المملوك أثاث واسع يكسبه أو يصيره مالكه إليه، ويكون هذا الحكم قرينة أيضاً على أن الصفة في قوله تعالى: ﴿ عَبْدًا مَمْلُوكًا لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾[3] كاشفة لا مقيدة، وإن كان الأصل في الصفة التقييد لكن الدليل المذكور قاد إلى حملها على خلاف [٥١٩/٣] الظاهر، وبه يتضح أن الأرجح القول بأنه لا يملك كما ذهب إليه الجمهور.

وقد كان ذهبنا في بعض الأبحاث إلى أن مال العبد يكون مشتركاً بينه وبين سيده مهما بقي في عصمته فيتصرفان فيه تصرف المشتركين، فإن خرج من عصمته صار المال لمولاه ما لم يشترطه مشتريه، وفي التحقيق أن شرط المشتري ليس قسيماً لكون المال لسيده، بل هو أيضاً له بأنه لا يرضى بخروجه عنه إلى مشتري عبده إلا بعوض يصير إليه، ثم إنه الآن قوي عندنا أنه لا يملك شيئاً، وإنما أباح له السيد التصرف فيما لديه كما يباح للمأذون لا أنه شريك له، والله أعلم.

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٣٨٠) .

(٢) قال أبو مضر : لإنه يجب على المشتري إبقاؤه ، وله الأجرة على البائع .
" شرح الأزهار " (٦ / ٣٨١) .

(٣) [سورة النحل : ٧٥] .

قلنا: يدفع الجميع حديث "لا ضرر ولا ضرار"[1]، قالوا: مشترك لحصول الضرر على المشتري (**فإن اختلط**) ما يستحقه البائع (**بما حدث قبل القبض قيل فسد العقد**) لأنه تعذر به تسليم المبيع واستضعفه المصنف لأن الجهالة طارئة (**لا**) تخرجه عن حكم ما لو كان الاختلاط (**بعده فيقسم**) على السواء (**ويبين مدعى الفضل**) أي الزيادة في ملكه .

(**وما استثنى**) من مبيع (**أو بيع**) الصواب أو اشترى وهماً مما ينتقل، وكان الاستثناء والبيع لذلك المنتقل (**مع حقه**) الصواب[أ] بشرط البقاء لأن المراد بالحق هو

(أ) **قوله:** الصواب لشرط البقاء، أقول: اعلم أن المصنف قد حصل الكلام حيث قال في الغيث: اعلم أن حاصل الكلام في هذه المسألة أعني شراء الشجرة إما أن يشتريها ولا يشترط بقاءها ولا يقول بحقوقها، أو يقول بحقوقها أو يشترط بقاءها .

أما الوجه الأول فإن البيع فيه يصح، قال ابن معرف: وتقطع في الحال وقد ذكرناه حيث قلنا: وإلا وجب رفعه هذا كله حيث لم يجر عرف فإن جرى عرف بالبقاء إلى مدة معلومة صح، وإن كان إلى مدة مجهولة فسد كما تقدم.

الوجه الثاني: أن يقول بحقوقها فإنه يصح كما نص عليه المؤيد بالله.

الوجه الثالث: أن يشترط البقاء، فإن شرطه البائع فسد العقد إلا حيث يكون له في ذلك نفع كمدِّ العنب عليها ونحوه، لأنه بمنزلة أن يستثني بعض منافعها إذا كانت المدة معلومة، فإن كانت مجهولة لم يصح لأنه يتضمن بيعاً وإجارة مجهولة.

قلت: وهذا غير صحيح لأن قدمنا أنه يصح استثناء الحق مطلقاً، فينظر في ذلك وأن كان الشارط للبقاء المشتري، فإن كانت مدة معلومة صح وإن كانت مجهولة فسد، هذا خلاصة كلامه.

---

(١) تقدم تخريجه مراراً .

البقاء، ولهذا قال: (**بقي**) ولا يتحقق كون [٣/٥١٩] البقاء للمنتقل إلا باشتراط بقائه إذ لا يستحقه المنتقل قبل الشرط حتى يضاف الحق إليه، وإنما تثبت الحقوق التي تتقدم البيع لما لا ينتقل كالطريق للدار ونحوها، ولا يحتاج إلى اشتراطها لأنها تدخل تبعاً كما عرفت، وبعد هذا تعلم أن هذه المسألة هي نفس المسألة اشتراط بقاء الشجرة فيما تقدم، وقد حكموا بأن ذلك مفسد للعقد، لأنه بيع وإجارة كما اختاره المصنف، فإن أراد بقوله بقي أنه يبقى بالتراضي كما هو شأن جواز الدخول في العقود الفاسدة فمسلم، لكن يكفي

وإذا عرفت هذا عرفت أن مراد المصنف بهذه المسألة الوجه الثاني الذي نسبه إلى المؤيد، قال وذكره ابن معرف لأبي طالب وعرفت أنها ليست مسألة اشتراط بقاء الشجرة التي تقدمت، فإن المؤيد قال في المتقدمة: لا يصح لأنها بيع وشرط وهذا صحيح عنده، وقد أخذ له صحة تلك من قوله بهذه.

قلت: قد كرر مسألة بقاء الشجرة في ثلاثة مواضع.

الأول: في قوله في الشروط المفسدة للعقد أنه يفسد العقد شرط بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدة معلومة.

الثاني: أنه قال يصح من الشروط ما يصح إفراده بالعقد، ومنه بقاء الشجرة في قرارها مدة معلومة.

الثالثة : التي كلامنا الآن فيها فالمصنف قال إن الثانية والثالثة من بيع واستثنى وهو صحيح لا من بيع وشرط، فقد فرق بين المسألة هذه والتي أجازها والتي منعها، بأن هذا استثناء فيصح وذلك شرط، وبأن هذه بيعت مع حقوقها فالحقوق داخله في نفس العقد لا شرط فيه، إذ يصح بيع الحق تبعاً عندهم.

قال المصنف: إذا باع الأرض واستثنى حقوقها أو باع الأشجار بحقوقها فإن ذلك كله يوجب بقاء الشجرة على الأرض لأجل الحقوق التي أدخلها استثناء أو بيعاً.

وإذا عرفت هذا عرفت أنه كان الأوجه للشارح المطالبة لهم بالفرق بين الاستثناء حيث حكموا بصحته والشرط حيث حكموا بخلافها، مع أنهما في المعنى من واد واحد.

فيه ما سيأتي من قوله ويجوز عقده، فلا وجه لتخصيص هذه المسألة بالذكر من بين العقود الفاسدة وإن أراد [به] [(١)]أنه يبقى وجوباً فقد علمت أن ذلك ليس من مقتضى العقود الفاسدة (**و**) أما أن الذي شرط بقاؤه إذا فني (**عوض**) فوهم[(أ)] لأن الحق الثابت لمعين لا يثبت لغيره (**والقرار**) أي المحل الذي اشترط البقاء فيه (**لذي الأرض**) ولا يلزمه ما يصلح به الشجر، لأن البقاء لا يلزمه كما عرفناك فضلاً عن الإصلاح، ولو شرطه لكان من بيع وإجارة أيضاً مع ما يستلزم من جهالة المبيع لتفاوت مقادير الإصلاح ومدته كما سيأتي في المغارسة إن شاء الله تعالى (**وألا**) يشترط[(ب)] البقاء (**وجب رفعه ولا يدخل**) في بيع أرض (**معدن**) فيها بناء على أن المعدن ليس جزءاً من الأرض، وهو وهم لأن تخوم[(ج)] الأرض وإن لم يتعلق بها الملك فقد تعلق بها حق بقاء الملك عليها فله المنع

(أ) **قوله:** فوهم، أقول: قال أبو مضر[(٢)]: إن الصحيح للمذهب أن الشجرة إذا انقلعت والجدار إذا الهدم لم يكن له التعويض، والذي صححه ابن أبي الفوارس للمذهب ودل عليه كلام "المنتخب" [(٣)] هو ما في "الأزهار".

(ب) **قوله:** وأن لا يشترط البقاء، أقول: فسر المقدر بما سلف له تقريره وهو خلاف مراد المصنف فإنه قال وما استثني أو بيع مع حقه فالمقدر يجب أن يكون من جنس الملفوظ بأن يقال وأن لا يستثنى أو يباع مع حقه، والمصنف قال في الغيث: وأن لا تذكر الحقوق يريد باستثناء أو بيع تبعاً فالعدول عن مراد المصنف حيف عليه.

(ج) **قوله:** لأن تخوم الأرض.. إلخ، أقول: عند الشافعي[(٤)]والناصر[(٥)]وأبي حنيفة[(٦)] أن المعدن يدخل في

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٣٨٢) .

(٣) تقدم ذكره .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٣٤) .

(٥) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٣) . (٦) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤٩٩ – ٥٠٠) .

الأرض لأنه ملك لمالكها عندهم، وهو الأقرب إذ هو كما قال الشارح جزء من الأرض، على أن قوله: وإن لم يتعلق بها الملك غير مسلم، بل الظاهر أن من ملك أرضاً ملكها إلى آخر جزء من أسفلها، كما يدل له حديث " طوقه الله من سبع أرضين " [1].

فإنه حكم بأن من غصب أرضاً عوقب بالتطويق من سبع أرضين، وهو ظاهر بأن المراد أنه يأتي يوم القيمة حاملاً لما غصبه من الأرض كما يأتي من غل [جاء][2] حاملاً لما غله ولا يحمله الله إلا ما غصبه، فدل على أن لمالك الأرض إلى آخر جزء من سبع أرضين، وأما حديث أبي هريرة مرفوعاً عند الخطيب وضعفه بلفظ: " ملعون من غير تخوم الأرض "[3] فإنه قال في "النهاية" [4]أن المراد بها معالمها وحدودها، قيل: أراد بها حدود الحرم خاصة، وقيل: عام في جميع الأرض، وأراد المعالم التي يهتدى بها في الطريق، وقيل: هو أن يدخل الرجل في ملكه من ملك الأرضين غيره فيقتطعه ظلماً، انتهى. وفي "القاموس"[5] التخوم الفصل بين الأرضين من المعالم والحدود انتهى.

إذا عرفت هذا عرفت أن الشارح أطلق التخوم على ما تحت الأرض المملوكة، وهذا معنى غير لغوي لا يصح إرادته ولا يصح حمل كلام أهل المذهب في قولهم لا تملك تخوم الأرض عليه لأنهم يريدون حدودها وأعلامها، نظير قولهم: لا يدخل الحد في المحدود ولا الغاية في المغيا، وهذا صحيح.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٣١٩٥) ومسلم رقم (١٤٢ / ١٦١٢) وأحمد (٦ / ٢٥٩) من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : " من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين ".

وأخرج البخاري في صحيحه رقم (٣١٩٨) ومسلم رقم (١٤٠ / ١٦١٠) وأحمد (١ / ١٨٨) عن سعيد بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ " من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين ".

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

(٣) أخرجه أحمد (١ / ١٠٨) ومسلم رقم (٤٤ / ١٩٧٨) والنسائي رقم (٤٤٢٢) عن علي بن أبي طالب أنه سمع النبي ﷺ يقول : " لعن الله من ذبح لغير الله ولعن الله من آوى محدثا ، ولعن الله من لعن والديه ، ولعن الله من غير تخوم الأرض ".

وهو حديث صحيح.

(٤) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ١٨٤). (٥) " القاموس المحيط " (ص ١٣٩٩).

من أخذه كالمتحجر، وأما مجرد زيادة قيمته فلا يمنع صحة تبعيته كما لو جهل البائع قيمة المبيع بلا تغرير من المشتري .

(**و**) أما أنه (**لا**) يدخل (**دفين**) في الأرض المبيعة فصحيح لأنه ليس جزءاً منها (**و**) ذلك كما (**لا**) يدخل (***درهم في بطن شاة أو***) في بطن (**سمك و**) إنما يكون الدرهم (***الإسلامي***) إذ أوجد في بطن الشاة (***لقطة***) كما سيأتي في باب اللقطة (***إن لم يدعه البائع***) ولا مضى وقت في ملك المشتري يمكن فيه ابتلاع الدرهم .

(**و**) أما الدرهم (***الكفري والدرة***) غير المثقوبة فإنهما (***للبائع***) بشرط عدم مضي وقت في ملك المشتري يمكن فيه ابتلاع الشاة لهما وإلا فللمشتري، وأما المثقوبة فكالدرهم الإسلامي، وإن كان يمكن أن الثاقب لها كافر تغليباً[أ] للإسلام.

وأما حمله على ما تحت الأرض فلا يصح لعدم ثبوته لغة ولأنه لا دليل عليه، ولأنه يقال لهم: كم القدر الذي يستحقه المالك تحت أرضه فإنهم لا يجدون إلى تحديده سبيلاً للإجماع في جميع الديار على أنه يجوز أن يحفر المالك تحت أرضه بئراً ولو إلى ألف ذراع وتصير ملكاً له يبيعها كيف أراد كما اشترى عثمان رضي الله عنه بئر[1] رومة بعد ترغيبه صلى الله عليه وآله وسلم في شرائها، وكذلك يحفر المالك تحت أرضه مدافن ويغرس الأشجار وغير ذلك فهذا المعنى الذي ذكره الشارح باطل وهو شائع في لسان العامة أن التخوم لا تملك ويظنونه سفلى الأرض ظناً لا دليل عليه.

(أ) **قوله:** تغليباً للإسلام، أقول: في "المنار"[2] أن الظاهر في المثقوبة أنها جرت عليها يد فلها حكم الدار بحسب الظاهر.

فائدة: أخرج الشيخان[3] من حديث أبي هريرة مرفوعاً "اشترى رجل ممن كان قبلكم عقاراً فوجد الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال للبائع: خذ ذهبك فإنما اشتريت منك العقار ولم

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) (٢ / ٥٠).

(٣) أخرجه البخاري رقم (٣٤٧٢) ومسلم رقم (١٧٢١) .

قلت: ينبغي الفرق في الدرة بين ما في بطن الشاة وفي بطن السمكة فما في بطن الشاة لقطة مطلقاً لاستحالة ابتلاعها إياها في البحر وابتلاعها من البر لا يكون إلا بعد جري الملك عليها فتكون لقطة تغليباً للإسلام، وأما إذا كانت في بطن السمكة غير مثقوبة فللمالك بالأصالة غنيمة أو بالشراء، وتدخل في المبيع وإن جهل البائع لصيرورها كجزء منه فهي كما لو جهل قيمة المبيع بالأصالة فباعه بدون قيمته لا بتغرير إذ لا فرق بينها .

(**و**) بين (***العنبر والمسك إذا وجد في***) بطن (***سمك ونحوه***) كما لو اشترى ظبياً فوجد فيه فأرة مسك وقد حكمنا بأن ذلك (***للمشتري***) وأما ما يتوهم من الفرق بأن العنبر والمسك إنما ينشآن مما يقتاته السمك ونحوه دون الدرة فخيال[أ] كاذب ووصف طردي في علة الملك.

أبتع منك الذهب فقال البائع: إنما بعتك الأرض وما فيها فتحاكما إلى رجل فقال: ألكما ولد؟ فقال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية، فقال: أنكحوا الغلام الجارية وأنفقوا عليهما منه وتصدقوا" .

(أ) **قوله:** فخيال كاذب، أقول أي الفرق بذلك إشارة إلى الفرق الذي ذكره المصنف في "الغيث"[(1)] حيث قال: العنبر حشيش يأكله السمك فكان في حكم العلف للبهيمة والمسك [يتولد] [(2)] من دم الغزال فهو بعض الظبي، ولما كانت كذلك دخل في المبيع ولا أحفظ في ذلك خلافاً، فالشارح سلم للمصنف ما قاله من حقيقة المسك والعنبر، وجعل الفرق بذلك خيالاً كاذباً، وفي "الهدي النبوي"[(3)] قالت طائفة: العنبر نبت في قعر البحر فيبتلعه بعض دوابه فإذا ثملت منه قذفته رجيعاً فتقذفه إلى ساحل البحر وهو قريب من كلام المصنف، وقيل: روث دابة بحرية تشبه البقرة، وقيل: من زبد البحر، وقيل: إنه ينبع من عين في "البحر".

---

(١) " انظر " شرح الأزهار " (٦ / ٣٩٠) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في " زاد المعاد " (٤ / ٣١٤) .

فصل[أ]

﴿ ***وإذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ*** ﴾ ولا حاجة[ب] إلى قوله و ﴿ ***في غير***

قلت: والذي في [٣/٥٢٠] تذكرة الشيخ داود أن الصحيح أن العنبر عيون بقر البحر يقذف دهنته فإذا صارت على وجه الماء جمدت فيلقيها البحر على الساحل، وقيل طل يقع على البحر ثم يجتمع، وقيل روث السمك وهذه خرافات لأن السمك تبلعه فيموت ويقذف السمك فيصير في أجوافه، وأما المسك[١] فقال أيضاً أنه دم يتعقد في حيوان دون الظبي قصير الرجل بالنسبة إلى اليد، له نابان معقودان إلى الأرض.وقرنان في رأسه منعوجان إلى ذنبه شديد البياض فيهما منافس يستنشق منها الهواء عوض المنخرين حكاه في المروج عن مشاهدة هذا كلام الشيخ داود، وهو أقعد بمعرفة مثل هذه فعلى الصحيح من كلامه يكون العنبر ليس جزءاً من الحيوان بخلاف المسك فإنه جزء منه فينبغي الفرق بينهما لا جعلهما في حكم واحد كما قال المصنف والشارح.

(أ) **فصل:** وإذا تلف المبيع، أقول: أخَّر هذا الفصل في "الأثمار" عما بعده قال شارحه أخره لأنه عام لكل مبيع، ومنه البيع الموصوف، وتبعه "الفتح" على ذلك.

(ب) **قوله:** ولا حاجة.. إلخ، أقول: أتى به في "الفتح"[٢] قال شارحه وأما لو تلف في يد المشتري أو بجنايته فمن ماله وفي الأثمار يتلف قبل القبض من مال البائع غالباً قال شارحه يحترز من صورتين .

إحداهما : أن يتلف في الصور التي تقدمت وهو في يد المشتري قبل أن يرده إلى البائع أو إلى العدل، فإنه يتلف من مال المشتري ووجهه أنه قد ملكه بالعقد وتلف في يده فاستقر بذلك كما في الغيث حيث تلف في يده .

الصورة الثانية أن يتلف بجناية المشتري فإنه يتلف من ماله ولو كان في يد البائع لأن جنايته بمنزلة قبضه.

---

(١) انظر : " زاد المعاد " (٤ / ٣١٣) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٣٩٣) .

يد المشتري) لأن التسليم النافذ لا يكون إلا ما لم يخل بينه وبينه سواء قبضه أو خلا بينه وبينه تخلية صحيحة كما تقدم، ومنها ما لو عرض عليه البائع القبض فامتنع لأن امتناعه إيداع للبائع فهو معه أمانة للمشتري بشرط أن يجدد القبض بنية الوديعة كما تقدم وغير النافذ ما رجع المبيع إلى البائع أو العدل بعد تسليمه ليحبس في توفير الثمن المشروط تعجيله .

(**و**) من شرط عدم ضمان المشتري له أن يتلف بغير (**جنايته**) لأن جنايته عليه في يد البائع بمنزلة قبضه ولو جاهلا فإذا لم يتلف [٥٢٠/٣] في يده ولا بجنايته (**فمن**[أ] **مال البائع**) يتلف لكن فوائده الأصلية والفرعية للبائع لانكشاف عدم

وقوله: الصور التي تقدمت [إن] [1]أراد بها الصور الثلاث التي كان التسليم فيها غير نافذ، وقد ذكرها في الغيث وشرح الأثمار، وإذا عرفت هذا فالمبيع إن لم يسلم نافذاً تلف من مال البائع أو يسلم تسليما غير نافذ، فيتلف من ماله أيضاً، إلا أن يكون في يد المشتري أو تلف بجنايته فإنه يلحق بالتسليم النافذ، فقوله في غير يد المشتري لا بد منه ليفيد أن تلفه في يده قبل التسليم النافذ يتلف [به][1]، من ماله ولو حذفه لما استفيد من هذا [تمت ولله جزيل الحمد وله المنة، وصلى الله على محمد وآله وسلم][1].

(أ) **قوله:** فمن مال البائع، أقول: لم يستدل الشارح لهذا الحكم، وأخرج البيهقي [2]عن محمد بن عبدالله الثقفي، أن رجلاً اشترى من رجل سلعة فنقده بعض الثمن وبقى بعض، فقال: ادفعها إليّ فأبى البائع، فانطلق المشتري وتعجل له بقية الثمن فدفعه إليه، فقال: ادخل واقبض سلعتك فوجدها ميتة، فقال: رد على مالي فأبى، فاختصما إلى شريح فقال شريح: رد على الرجل ماله وارجع إلى جيفتك فادفنها، انتهى. وهذا رأي من شريح.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢١٥ – ٢١٦) .

وفي شرح "الأثمار": أن هذا الحكم عند العترة والفريقين، لقوله صلى الله عليه وآلـه وسـلم: " إن بعت من أخيك عذاقاً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بما تأخذ مال أخيك بغير حق " مسلم[1] والنسائي[2] وأبو داود[3]، وفي رواية[4] لأبي داود نحوه وفي أخرى للنسائي [5]قال: " من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ من أخيك شيئاً، علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم ".

قلت: وهذا ورد في وضع الجوائح الذي أسلفنا لك تحقيقه، فإن هذا فسخ للعقد من أصل، كما قال المصنف بالغيث في بيان مفهوم الأزهار: وإذا تلف قبل التسليم النافذ كما تقدم ولم يتلف في يد المشتري ولا بجنايته انفسخ البيع من أصل وتلف من مال البائع، ووجب على البائع رد الثمن إن كان قد قبضه من مال المشتري؛ لأنه انكشف حينئذ بقاؤه في ملك البائع، هذا كلامه.

قلت: إلا أن أحاديث الجائحة لم تقيد ذلك بقبلية التسليم النافذ ولا بكونه في غير يد المشتري أو بجنايته، وكأنهم تصيدوا هذه القيود للحديث من القواعد، ورأيت بعد هذا "المنار"[6] قد أشار إلى ما ذكرناه، ثم قال: وعبارة "المنتهي"[7] من فقه الحنابلة، وما تلف سواء يسير لا ينضبط بجائحة وهي ما لا صنيع لآدمي فيها ولو بعد قبض فعلى بائع ما لم تبع مع أصلها أو تأخر أخذها عن عادته انتهى، وهذا فقه الحديث والتخصيص بقبل القبض من رد الحديث إلى الرأي والمذهب، انتهى.

---

(١) في " صحيحه رقم (١٤ / ١٥٥٤) .

(٢) في " السنن " رقم (٤٥٢٧) .

(٣) في " السنن " رقم (٣٤٧٠) .

وهو حديث صحيح وقد تقدم .

(٤) في " السنن " رقم (٣٤٧٠) .

(٥) في " السنن " رقم (٤٥٢٩) .

(٦) (٢ / ٥٠) .

(٧) منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات .

(٢ / ٣٧٨) .

والحمد لله ثم لا يخفاك أن حديث الجائحة خاص بالآفة السماوية، وهم عمموا مطلق التلف وكأنه إلحاق بالقياس كما سلف عن " نهاية المجتهد".[1]

واعلم أنه خالف في هذا الحكم مالك فقال: إنه يتلف من مال المشتري ويضمن له البائع القيمة إذ قد ملك المشتري بالعقد، قال: إلا المبيع كيلاً أو وزناً لأن الكيل والوزن عنده من تمام العقد، هكذا في شرح الأثمار عن مالك، وفي "النهاية"[2] أن لمالك تفصيلاً، وذلك أن المبيعات عنده على ثلاثة أقسام: مبيع يجب على البائع فيه حق يوفيه من وزن أو كيل، ومبيع ليس فيه حق يوفيه وهو الجزاف وما لا يوزن ولا يكال ولا يعد، فما فيه حق يوفيه فلا يضمنه المشتري إلا بعد القبض وما ليس منه حق يوفيه وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه، وأما المبيع الغائب فعن مالك[3] في ذلك ثلاث روايات.

أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترط على المبتاع.

والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترط على البائع.

والثالثة التفرقة بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الإعطاء كالحيوان وبين ما هو مأمون البقاء، والخلاف في هذه المسألة مبني على أن أهل القبض شرط من شروط صحة العقد أو حكم من أحكام صحة العقد، والعقد لازم دون القبض؟ فمن قال القبض لازم من شروط صحة العقد كان الضمان عنده من البائع حتى يقبض المشتري، ومن قال إنه حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال [4]إنه بالعقد يدخل في ضمان المشتري، وتفريق مالك بين الحاضر والغائب، والذي فيه حق يوفيه، والذي ليس فيه حق يوفيه استحسان، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة

---

(١) (٣ / ٣٦٠ ، ٣٦٢) بتحقيقي .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٥٤ – ٣٥٥) .

(٣) " بداية المجتهد " (٣ / ٣٥٥) .

(٤) انظر : " بداية المجتهد " (٣ / ٣٥٥) .

استقرار ملك المشتري بخلاف ما لو لم يتلف فإنها للمشتري ولهذا أشار المصنف إلى ضعف القول بأن كرى غير التالف قبل التسليم للبائع بقوله: (*قيل وإن استعمله*) البائع قبل التسليم (**فلا خراج**) إلا أن هذا[أ] يناسب ما سيأتي في الشفعة من أن المشتري إذا استعمل المبيع بعد الطلب فلا أجرة عليه، وربما يفرق بما سيأتي .

[والعدول][(١)] ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: " الخراج بالضمان " [(٢)]وعمدة المخالف حديث [(٣)]عتاب بن أسيد: " أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما بعثه إلى مكة قال:"انههم عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمنوا " انتهى كلامه، وإنما استوفيناه مع طوله لتعرف أن ما ينقل من مذاهب المخالفين من غير كتبهم لا يأتي بمالهم وعليهم، وما اختاروه من العبارات وحرروه [من الأدلة] [(٤)]وهذا مثال من أمثلة ذلك، كما أنهم أيضاً في نقلهم لمذاهب مخالفهم كذلك يعدلون عن ألفاظهم ونصوصهم وعيون أدلتهم، وهذا كله ليس بإنصاف.

ولم تزل قلة الإنصاف قاطعة بين الرجال وإن كانوا ذوي رحم

(أ) **قوله:** إلا أن هذا يناسب ما سيأتي في الشفعة، أقول: قد حذفه الأثمار، قال شارحه وحذف قوله

---

(١) كذا في المخطوط والذي في " بداية المجتهد " والعدل .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه ابن ماجه رقم (٢١٨٩) عن عتاب بن أسيد ، قال "لما بعثه رسول ﷺ إلى مكة ، نهاه عن شفِّ مالم يضمن " قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١١ رقم ٧٧٥) هذا إسناد ضعيف رواه أبو يعلى الموصلي عن عثمان بن أبي شيبة به وسياقه أتم ، وليث هو ابن أبي سليم ضعفه الجمهور ، وعطاء هو ابن أبي رباح لم يدرك علياً " .

ورواه أبو داود من حديث ابن عمر ، لكن لم ينفرد به ليث ، كما رواه ابن عدي في " الكامل " من طريق إسماعيل بن أمية عن عطاء به .

ورواه البيهقي في سننه عن أبي سعد المالبني عن ابن عدي بإسناده ومتنة " اهـ .

وقد صحح الحديث الألباني في صحيح سنن ابن ماجه .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(***وإن تعيب***) المبيع قبل التسليم باستعمال أو بغيره (***ثبت الخيار***) وهذا[أ] تكرير لما تقدم في الخيارات .

(**و**) قوله: (**بعده**) عطف على قوله قبل التسليم أي: إذا تلف المبيع بعد التسليم النافذ تلف (***من مال المشتري***) لنفوذ ملكه بالقبض سواء كان قد سلم الثمن أو لا (***ولو***) تلف (***في يد البائع***) لأنه استرجعه من يد المشتري حتى يقبض الثمن الذي[ب] لم يشرط تعجيله، لكن البائع يضمن القيمة في هذه الصورة وإن استحق الثمن بخلاف ما لو عاد إليه بسبب لا يوجب الضمان كالوديعة، وإنما أطلق المصنف قوله ولو في يد البائع بناء على أن معنى التلف من مال المشتري استحقاق البائع للثمن، وإن لزمته القيمة للمشتري في بعض الأحوال كما لو كانت يده عليه بسبب يوجب الضمان كالرهن ونحوه.

في الأزهار، قيل: وإن استعمله فلا خراج لأن المختار للمذهب ما ذكره أبو طالب من أنه يلزم الكراء للمشتري، إذ البائع مستهلك لمنافع ملكه بغير إباحة، فلزمته قيمة المنافع، وما احتج به المخالف من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الخراج بالضمان " فليس على عمومه وإلا لزم ذلك في الغاصب والمرتهن. قلت: ومثله في الغيث.

(أ) **قوله:** وهذا تكرير، أقول قد حذفه الأثمار، قال شارحه لفهم ذلك مما تقدم في خيار العيب كما حذف أيضاً قوله وبعده من مال المشتري لأنه قد فهم من قوله قبل التسليم.. إلخ.

(ب) **قوله:** الذي لم يشترط تعجيله، أقول: زاده لإخراج ما لو شرط تعجيل الثمن فإنه لو سلم البائع المبيع وشرط تعجيل الثمن فإن التسليم غير نافذ، وهذه أحد الصور التي احترز عنها بقيد النفوذ فلا تدخل في قوله وبعده من مال المشتري.

(**و**) المبيع (**إذا استحق**) أي انكشف كونه لغير البائع (**رد لمستحقه**) سواء أمكن المشتري عود الثمن له من البائع أو لم يمكنه، ثم الرد إلى مستحقه مختلف حكمه، لأنه إما الإذن من البائع أو بالحكم أو بغيرهما (**فبالإذن أو الحكم بالبينة أو العلم** [١]) من القاضي بغصب البائع له (**يرجع**) المشتري عليه (**بالثمن وإلا**) يكن رده لمالكه بإذن بائعه ولا بحكم حاكم (**فلا**) يرجع المشتري على البائع لأنه صادق من ادعاه وهي مصادقة على البائع، والمصادقة على الغير لا تلزمه (**وما تلف** [٢]) قبل التسليم (**أو استحق**) وكان التالف أو المستحق بعضاً (**منه**) فإن كان ذلك التالف أو المستحق (**ما ينفرد بالعقد**) نحو أن يتلف أو يستحق أحد الثوبين المبيعين (**فكما مرَّ**) في تلف الكل واستحقاقه.

(**فإن**) كان التالف مما لا ينفرد بالعقد نحوه عور العين أو نحوه، أو ينفرد بالعقد لكن تلفه قد (**تعيب به الباقي**) نحو أن يتلف إحدى فردتي النعل فإذا كان التالف على أحد الوجهين (**ثبت الخيار**) للمشتري إلا أن يكون التلف أو التعيب بجناية المشتري فلا خيار كما تقدم.

....

---

(١) انظر : " البيان " للعمراني (٥ / ٣٥٨ - ٣٥٩) " المغني " (٦ / ٢٨٢ - ٢٨٥) .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٦٧) وأما قوله : " وما تلف أو استحق ... إلخ " فإذا أمكن رد البعض المستحق فهو الواجب ، وإن تعذر بوجه من الوجوه اختص به أحدهما ويسلم للأخر قدر نصيبه من القيمة ، وإن اختلف قرع بينهما ، وأما تلف بعض المبيع قبل التسليم فقد عرفت الكلام في تلف المبيع قبل التسليم وهو أعم من أن يكون التالف كله أو بعضه .

انظر : " البيان " (٥ / ١٤٧ - ١٤٨) .

فصل

(**و**) كان حقه أن يذكر في الخيارات كما لا يخفى لأن (***من اشترى مشاراً إليه موصوفاً*** [(١)]) نحو بعت منك هذا البُر وإن كان (**غير مشروط**) بحرف الشرط ولا عقده فهو[(أ)] شرط فإنما (**صح**[(ب)] ***وخُيِّر في المخالف***) للوصف نحو أن يجده شعيراً بخيار فقد الصفة، وقد تقدم فهذا تكرير، وإنما يخير (***مع الجهل***) للمخالفة وإلا كان علماً بالعيب حال العقد يبطل الخيار إن انكشف أدنى من الموصوف، وإن كان أعلى كان[(ج)] الخيار للبائع مع الجهل أيضاً، كما ذكر المصنف في بيع الصبرة التي جهلها البائع إذ

(أ) **قوله:** فهو شرط، أقول: أي كعقد شرط وهو المشتمل على أحد حروف علب أو كالشرط.

(ب) **قال:** صح، أقول: لم يذكر الشارح دليل الصحة، وفي شرح "الأثمار" و"الغيث" [(٢)]وإنما صح لأن الإشارة أقوى من الصفة، فكان الحكم لها لا للصفة، ومثله في "البحر"[(٣)]، قال عليه "المنار"[(٤)]: وهذا مما ذكرنا لك من تخليطهم في القيد والمقيد تارة يجعلون القيد جزءاً من المقيد، وتارة يفصلونه عنه بلا فاصل، والظاهر هنا أنه اشترى مشاراً إليه مقيداً بكونه براً كما لو جعله شرطاً، بل ربما يدعي قوة الصفة لما ذكرنا من أنها جزء من المقيد المشتري الذي لا يتم بدونها، انتهى.

(ج) **قوله:** كان الخيار للبائع، أقول: لم يذكر في الغيث وشرح الأثمار أنه يخير البائع، بل قال في الغيث: فإن قلت إذا وجد المخالف على صفة أفضل مما ذكر فما وجه التخيير، قلت: قد ذكروا أنه يخير في الأدنى دون الأعلى كما لو شرط الصفة، والأقرب عندي أن العبرة فيه بغرض المشتري، فإن

---

(١) هذا قد تقدم ما يغني عنه ، وإذا كان المبيع على غير الصفة التي ذكرها البائع ثبت للمشتري خيار فقد الصفة ، وهو كما قدمنا نوع من أنواع خيار الغرر ، وماذكر من قيد الجهل فلابد منه لأنه علم كان العلم بكونه على غير تلك الصفة فبطلا للخيار فلا رد ولا أرش .

" السيل الجرار " (٢ / ٦٦٨) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٠٤) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٤ – ٣٧٥) .

(٤) (٢ / ٥٠) .

إذ لا فرق بين جهل القدر وجهل الجنس أو الوصف (**فإن شرط**) ذلك الوصف بحرف الشرط أو عقده (**فخالف**) الواقع الشرط (**ففي**) مخالفة معظم (**المقصود** [1]) لا عقد[أ] لأن العقد مشروط بالمقصود، وأما قوله (**فسد**) فوهم[ب] لأن الفساد إنما ينشأ من جهالة استقرار العقد كما تقدم، وذلك إنما يكون في الشرط المستقبل لا الحالي كبعت منك إن كنت ابن فلان، والشرط في مقامنا من الحالي لأن[ج] المبيع حاضر مشار إليه (**و**)

انكشف خلاف غرضه خير ولو كان أعلى ولم يذكر هنا أن الخيار للبائع، وكلام الشارح مبني على أنه لا فرق بين جهالة القدر والجنس والصفة، والظاهر معه.

(أ) **قوله:** لا عقد، أقول: يريد أنه انتفى العقد صحيحاً وفاسداً عند انتفاء معظم المقصود، وهذا كما أسلفه في الشروط حيث قال: إن الشرط الحالي قيد لحكم الجزاء ينفذ به المبيع إن حصل وإلا فلا بيع رأساً.

(ب) **قوله:** فوهم لأن الفساد، أقول: تقدم [٥٢١/٣] للشارح أنه لا عقد أصلا لا أن هنا عقداً فاسداً حيث قال في شرح قوله فصل يفسده من الشروط صريحها إلا الحالي حيث قال: ومثله ما مثلوا به خيار فقد الصفة وهو كلام متين.

(ج) **قوله:** لأن المبيع حاضر مشار إليه، أقول : هذا يقتضي أنه إذا كان المبيع حاضراً مشاراً إليه صح العقد، وإن كان مشروطاً بمستقبل مثل إذا جاء زيد فقد بعت منك هذا العبد، ولا يقول به لأن علة الفساد الجهالة وهي حاصلة هنا، فلو حذف هذا لكان أولى.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٦٨) .

وأما قوله : فإن شرط فخالف ففي المقصود فسد فالظاهر أنه لا عقد أصلاً ولا اعتبار بالواقع ، لأن التراضي الذي هو المناط للبيع وقع مقيداً بذلك الشرط ، فمع عدمه انكشف عدم التراضي ، ولا فرق بين أن يكون موافقاً للمقصود أو مخالفاً له ، وهذه الفروق لا ترجع إلى دليل ولا شبهة دليل ، فلا تشغل نفسك بها وهكذا لا فرق بين جنس ونوع ، فالحاصل أن عدم وجود الصفة مع كونها مشروطة يوجب بطلان البيع ومع عدم الشرط يوجب ثبوت الخيار . إلا أن يعلم بعدمها والإشارة لا تأتي بفائدة قط ، ولا يترتب عليها حكم ، وإثبات الأحكام بالخيارات يكون هكذا ، والمقلد المسكين يظن أن هذه الخرافات في أم الكتاب . اللهم غفراً .

إن كانت المخالفة (**في الصفة**) نحو أن يقول: بعت منك هذه الضأن على أنها كباش فإذا هي نعاج (**صح**[أ]) العقد (**مطلقاً**) أو علماً[ب] أو جهلاً (**وخير**) الجاهل [٣/٥٢١] المشتري (**في الأدنى**) اتفاقاً في الأدنى والبائع في الأعلى على قياس ما تقدم للمصنف، وإنما يخيران (**مع الجهل و**) إذا كانت المخالفة (**في الجنس**) نحو بعت منك هذا الطعام على أنه بر فإذا هو شعير (**فسد**) أي لم يقع لما عرفناك من معنى الفساد، وأن هذا شرط حالي لا يوجبه لعدم اقتضائه الجهالة في العقد.

وأما القول[ج] بأنه صحيح وإنما يثبت الخيار لفقد الصفة فغفلة عن كون العقد خارجاً على جهة الشرط لا على جهة الوصف (**مطلقاً**) أي مع العلم والجهل (**و**) إذا كانت المخالفة (**في النوع**) نحو بعت منك هذا التمر على أنه صيحاني فإذا هو برني (**فسد**) أي لم يقع العقد على قياس ما قدمناه لك في الشرط الحالي.

(أ) **قوله:** صح العقد، أقول: أعرض الشارح عن الاستدلال لهذا، وفي "الغيث"[١] وإنما صح العقد هنا لأنه قد حصل المبيع على الصفة المقصودة المشروطة، ولم يفت منها إلا شيء يسير وجب لأجله الخيار في الأدنى مع الجهل لا مع العلم، فلا خيار له.

(ب) **قوله:** سواء علماً أو جهلاً، أقول: فسر المصنف الإطلاق بسوى كانت الصفة مشروطة أو غير مشروطة، ومثله في شرح الأثمار.

(ج) **قوله:** وأما القول بأنه صحيح، أقول: إشارة إلى قول الإمام يحيى[٢] فإنه قال بصحته و قال لكن للمشتري إبطاله بخيار فقد الصفة إن وجده أدنى يخير مع البقاء ويرجع بما بين القيمتين مع التلف، وخالف أيضاً في المسألة الآتية في النوع على نحو هذا الخلاف.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٤٠٣ – ٤٠٤) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٥) .

وإنما يفسد (**إن جهل البائع**) ولا وجه للتقييد بجهله لما عرفناك من أن العقد خارج على جهة الشرط لا على جهة الوصف، وأن عدم الشرط الحالي موجب لعدم المشروط لا لفساده، لأن فساده فرع وقوعه، وإنما يفسد لجهالة فيه أوجبت عدم استقراره (**و**) كذا الكلام في قوله و (**ألا**) يجهل البائع (**صح وخير المشتري**[أ]) فلا نكرره (**فإن لم يشر**) إلى المبيع نحو اشتريت منك عشرة أزبود براً أو علي أنها بر (**وأعطي خلافه ففي**) اختلاف (**الجنس**) نحو أن يعطيه شعيراً وجب تسليم ذلك فإن (**سلم البائع**) ذلك (**المبيع**) وإلا أجبر على تسليمه إن كان موجوداً عنده، فإن لم يكن[ب] موجوداً عنده حال العقد فسد، لأنه بيع ما ليس عنده، وقد عرفت عدم صحته.

(أ) **قال:** وخير المشتري، أقول: أي في الأعلى والأدنى، قال المصنف: إن قلت ما الفرق بين هذا وبين الصفة؟ قلتم: في الصفة يخير في الأدنى دون الأعلى، وهنا قلتم يخير فيهما.

قلت: المخالفة في الصفة أخف فإذا وجدها أعلى فقد وجد الغرض وزيادة بخلاف النوع فإنه قد يكون الغرض بالنوع الأدنى دون الأعلى فلا يكمل الغرض بالأعلى.

فإن قلت: فلم فرقتم بين العلم والجهل، قلتم: يفسد مع جهل البائع لا مع علمه بخلاف الجنس، فقلتم: يفسد مع العلم والجهل.

قلت: لأن البائع إذا علم فقد قصد إلى ما باع لا إذا جهل فإنه لم يقصد إلى بيعه فيفسد مع كونه إذا سلم النوع فقد سلم بعض المبيع، بخلاف الجنس فإنه وإن قصد إلى بيعه فلم يسلم المبيع ولا بعضه فيفسد مع علمه وجهله، انتهى. فإن قلت: فلم جعلتم لعلم البائع تأثيراً في صحة البيع ولم يجعل العلم المشتري ولا لجهله تأثيراً؟ قيل: لأن علم البائع علة وعلم المشتري شرط، والأحكام تتعلق بالعلل لا بالشروط قاله في الزهور، قلت: ولا يخفي ما في الكلامين للناظر.

(ب) **قوله:** فإن لم يكن موجوداً عنده، أقول: هذا لا بد منه وقد ذكره في شرح الفتح عن والده وعن الصعيتري[1] وأنهما قيدا به.

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٤١٠) .

(**و**) أما (**ما قد سلمه**) من الشعير فهو (**مباح**) أباحة للمشتري (**مع العلم**) منه بأنه شعير لكنه[أ] لما كان أباحة على عوض وحكمها حكم البيع فيرجع إلى ما تقدم من مخالفة الجنس مع الإشارة فلا يثبت أنه مباح .

ولا[ب] (**قرض فاسد**) وإنما يثبت الخيار (**مع الجهل**) كما تقدم (**و**) إذا

(أ) **قوله:** لكنه لما كان إباحته على عوض، أقول: في "الغيث" قول أصحابنا أنه مباح مع العلم فيه نظر، لأنه إنما سلمه على طريق المعاوضة، والأولى أن لا يكون مباحاً ، واختار هذا "الأثمار" فحذف قوله مباح مع العلم، قال شارحه: إنما حذفه اختياراً منه لما ذكره الفقيه[1] من أنه لا يكون مباحاً مع العلم لأنه إنما سلمه على طريق المعاوضة. [ولله جزيل الحمد][2].

(ب) **قوله:** ولا قرض فاسد، أقول: تصرف الشارح في عبارة الأصل وجعلها نفياً عطفاً على ما نفاه من الإباحة وزحلف قيد مع الجهل عن مقيده، فإنه قيد لقرض فاسد مع بقائه مثبتاً كما أراده المصنف فنفاه الشارح كما ترى إلا أنه نفي المقيد دون قيده وهو غير لائق بمقام الاعتراض .

فإنهم إنما جعلوه قرضاً مع الجهل وهو جعله قرضاً مطلقاً، ثم لا يخفاك أنه لم يبين وجه النفي لكونه قرضاً وهو حكم لا بد له من وجه، كما أنه لا يخفاك أنه أرجع المسألة إلى مخالفة الجنس على الإشارة وحكم تلك المسألة فساد البيع لا التخيير فلا يصح. قوله: وإنما يثبت الخيار مع الجهل فتأمل .

وقد اعترض المصنف أهل المذهب حيث جعلوه قرضاً فاسداً مع الجهل بأن قال، وقولهم بأنه كالقرض الفاسد مع جهل البائع فيه نظر .

والأولى أن يفصل فيقال: إن كان المشتري عالماً أن البائع جاهل وأنه غلط فيما سلم لم يكن كالقرض الفاسد بل كالغصب؛ لأنه لم يبح له التصرف فيه، لأنه سلمه غلطاً وإن كان المشتري جاهلاً كان في حكم القرض الفاسد يرجع به في الباقي مع البقاء وبمثله أو قيمته مع التلف، انتهى.
واختاره حفيده في "الأثمار" وصدره في "الفتح " شرحه، إذا عرفت هذا فالمصنف ومن تبعه اعترضوا

---

(١) انظره نصا في " شرح الأزهار " (٦ / ٤٠٩ – ٤١٠) والفقيه يحيى بن أحمد .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

وقعت المخالفة في النوع مع عدم الإشارة (**خيِّرا**) أي البائع والمشتري (**في**) المبيع (**الباقي وترادا في التالف أرش الفضل**) وإنما يترادان (**مع الجهل**) لا لو علم البائع أنه أعلى وشرط أدنى فلا عقد كما عرفناك ولا صحة[أ] في أحكام هذا الفصل لغير هذا الحكم، ولكن من اعتمد في اجتهاده على الخيال أفضى به إلى مثل هذا الخبال (**وحيث يخير المشتري في الأدنى وقد بذر**) بما أعطى من الأدنى (**جاهلاً**) أنه أدنى مما شرطه (**فله[ب] الخيارات**) الثلاثة الآتية في المزارعة إن شاء الله تعالى، وهي إن

وأبانوا الحكم والوجه والشارح اعترض ونفى الحكم فقط وكأنه ما وقف على "الغيث" وفروعه.

(أ) **قوله:** ولا صحة في أحكام هذا الفصل لغير هذا الحكم، أقول: تقدم له تصحيح العقد في مخالفة الصفة وما يتفرع عليه من التخيير في الأدنى، وكذلك مع عدم الإشارة وصححه مع اختلاف فإنه يجبر البائع على التسليم، ثم هذا الذي ادعى أنه لم يصح في الفصل سواه لم يربطه بدليل.

(ب) **قوله:** فله الخيارات[1]، أقول: قال المصنف: فإن قلت هذا لا يوجد له نظير لأن من استهلك على غيره شيئاً من ذوات الأمثال سلم مثله أو قيمته إن عدم المثل.

قلت: قد ذكروا عن ذلك جوابين: أحدهما: أن الهادي عليه السلام بنى ذلك على الصلح والتراضي لا على طريق الحكم، ذكر ذلك ابن أبي الفوارس[2]، وقيل: بل على طريق الحكم لأنه بذر بإذنه وهو غارٌّ له.

قلت: فعلى الأول كان يتعين تقييد كلام الأزهار بالتراضي، والشارح قد علل للتغريم بالغرر فهو يلاقي الجواب الآخر.

واعلم أن شارح الفتح ذكر مسألة بذر[3] البصل وطول في تفصيل ذلك وتحصيله.

---

(١) وهي ثلاثة ذكرها ابن مفتاح في " شرحه للأزهار " (٦ / ٤١٥) .

(٢) انظره نصا في " شرح الأزهار " (٦ / ٤١٥) .

(٣) وحاصل مسألة بذر البصل أنه لا يخلو إما أن يشير أولا ، إن أشار فلا يخلو إما أن يشرط أو لا ، إن شرط فلا يخلو إما أن تقع المخالفة في المقصود ، أو في الجنس ، أو في النوع ، أو في الصفة ، ففي الأولين يفسد البيع مطلقاً .

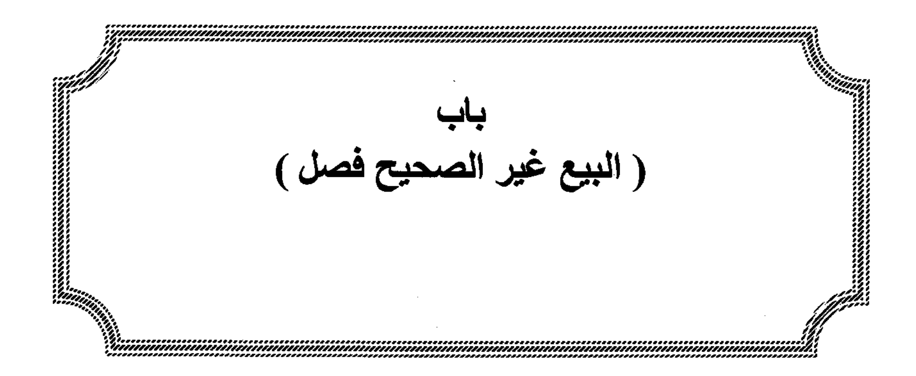
شاء رضي بما دفع إليه وإن شاء رجع بالأرش وهو ما بين القيمتين، وإن شاء سلم الـــزرع والأرض التي بذر فيها إلى البائع ورجع على البائع بثمن المبيع وكـــرى الأرض وغرامتـــه على الزرع لأنه مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بما غرم.

....

وفي الثالث وهو النوع يفسد حيث جهل البائع ؛ لأنه لم يقصد بيعه ، لا إن علم فيصح ، ويخير المشـــتري ، كمـــا في الكتاب . وفي الرابع وهو الصفة كأن يقول : على أنه بذر أبيض ، فإذا هو أحمر فإنه يصـــح البيـــع مطلقـــا ؛ لأن الإشارة أقوى من الصفة ، لكنه يخير المشتري في الأدنى مع الجهل وأما حيث لم يشرط فإنه يصح البيـــع مطلقـــاً لأن الإشارة أقوى لا يقابلها ذكر الصفة من الجنس وغيره لكنه يخير المشتري في الأدنى مع الجهل لا في الأعلـــى ، إلا أن يكون له فيه غرض كأن يبذر به ، وأما حيث لم يشرط فلا معنى للشرط في المبيع في تلك الصور ، صـــحيح حيـــث كان المعقود عليه في ملكه ، أو متعينا في القيمي كما مر ، لا في الصفة فلا يشترط وجودها في ملكه . " شرح فتح"

* وحاصل " مسألة " بذر البصل أنه يصح العقد في جميع الأمور إلا في ثلاث صور فيفســـد ، وهـــي إذا خـــالف في الجنس ، أو معظم المقصود مطلقا ، علم البائع أو لا ، أو النوع مع الجهل البائع إذا كان المبيع موصوفا مشارا إليه ، مشروطا ، ومهما صح العقد مع الإشارة ثبت للمشتري الخيار في المخالف مع الجهل وما سلم إلى المشتري مع عـــدم الإشارة كالغصب إلا في الأربعة ، وسقوط الإثم مع علم الدافع كالغصب في جميع وجوهه مع جهله ، ويأثم المشتري مع علمه بجهل الدافع . قال في " الأم " (سماع الوالد العلامة وجيه الإسلام عبد الوهاب بن محمد المجاهد) عافـــاه الله . وحماه من قوله في (الشرح) : " سواء أعطاه أعلى أم أدنى " إلخ والله أعلم .

" شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٤٠٧) .



باب
(البيع غير الصحيح فصل)

ربما نبهناك أن الصحة في العقد عند الفقهاء(أ) عبارة عن ترتب المقصود منه عليه، ثم هم لا يريدون الترتب الحسي إذ كثيراً ما يتلف المبيع أو أحد الزوجين قبل حصول شيء من المقصود، وإنما يريدون الترتب الحكمي وهو استحقاق التصرف شرعاً.

ثم لما كان العقد تعاوضاً بين اثنين في أمرين ينتفع بهما وقد لاحظ الشارع في ذلك أموراً(ب) وجودية جعلها الفقهاء شروطاً وأخرى عدمية أي اعتبر بالنهي عنها عدمها.

فمن جعل(ج) النهي للفساد فكأنه جعل وجودها مانعاً وانتفاءها شرطاً [٥٢٢/٣]،

باب البيع غير الصحيح

(أ) **قوله:** عند الفقهاء، أقول: اختلف الفقهاء والأصوليون في رسم الصحيح[1] في العبادات، فقال الفقهاء وبعض المتكلمين أنه كون الفعل مسقطاً للقضاء، وقال جمهور المتكلمين أنه موافقة أمر الشارع هذا اختلافهم في رسم الصحيح في العبادات، وأما في العقود[2] والمعاملات واتفقوا أنها ترتب ثمراتها المقصودة منها عليها، هكذا أفاد الاتفاق الفصول، وأقره الشارح في شرحه، فكان يحسن هنا حذف قوله عند الفقهاء لإيهامه اختلافهم في رسمه في المعاملات أيضاً وليس كذلك.

(ب) **قوله:** أموراً وجودية جعلها الفقهاء شروطاً، أقول: وذلك ككون البائع مالكاً لما باعه مختاراً، والمبيع موجود عنده والعدمية كأن لا يكون مالكاً ولا مختاراً، ولا يكون المبيع موجوداً عنده فوجود العدمي مانع من الصحة وعدمه شرط في الصحة.

(ج) **قوله:** فمن جعل النهي[3] للفساد، أقول: اختلاف الأصوليين في النهي معروف وسبق طرف من ذلك، ومن أثبت الواسطة بين الصحيح والباطل لم يجعل النهي للفساد مطلقاً، بل لهم تفاصيل في

---

(١) انظر: "البحر المحيط" للزركشي (١ / ٣١٣).

(٢) انظر: "الإحكام" للآمدي (١ / ١٧٥ – ١٧٦) "البحر المحيط" (١ / ٣١٦).

(٣) تقدم توضيحه.

انظر: "إرشاد الفحول" (ص ٣٨٦ – ٣٥٠) بتحقيقي. "المحصول" (٢ / ٢٩٢ – ٢٩٣) "البحر المحيط" (٢ / ٤٥٠ – ٤٥٢).

ولكن لا محيص له عن نفي الواسطة بين الصحيح والباطل، لأن معنى الشرط أن عدمه مستلزم لعدم الترتب المذكور، ومعنى المانع كون وجوده مستلزماً لعدم الترتب المذكور، وإذا ثبت عدم الترتب المذكور بعدم الشرط أو بوجود المانع لم يكن لإثباته في حال دون حال كما جعلوا ذلك معنى الفساد مناطاً إلا التحكم والتخيل، ولهذا ذهب الناصر[(١)] والشافعي[(٢)] وهو في "شرح الإبانة"[(٣)] عن الهادي وغيرهم إلى عدم الواسطة بين الصحيح والباطل.

أما[(أ)] للحكم بأن النهي للكراهة فقط أو للتحريم ....

ذلك معروفة، وفرق بين النهى للذات والنهي للوصف، وليس المقام لتحقيق ما قالوه، نعم، الحق أن النهي للفساد مطلقاً وأنه لا واسطة بين الصحيح والباطل.

وقد أسلفنا في النكاح طرفاً من ذلك، وفي "المنار" البيع: مبادلة مخصوصة فإذا اجتمعت قيوده الثابتة بأدلتها فقد وافق اعتبار الشارع، وذلك معنى الصحة، وما لم يجتمع فيه القيود المعتبرة شرعاً فليس بصحيح بل يسمى باطلاً وفاسداً وغير معتبر شرعاً، وغير ذلك، فمن أخذ بعض قيود الصحيح وقال يوجب خللها البطلان أي عدم الاعتبار أصلاً وأخذ بعضها، وقال توجب الفساد أي الاعتبار في حال دون حال وفي شيء دون شيء وبنوا على ذلك ما ترى من الأحكام والاصطلاح، في التسمية سهل إنما الشأن في إثبات الأحكام [٥٢٢/٣].

(أ) **قوله:** أما الحكم بأن النهي.. إلخ، أقول: في تفرع عدم الواسطة على كون النهي للكراهة بُعدٌ بل الظاهر أنه يؤخذ لهم من عدم إثباتها كون النهي للتحريم. [تمت ولله جزيل الحمد وله المنة][(٤)].

---

(١) انظر : " البحر المحيط " للزركشي (١ / ٣١٣) .

(٢) انظر : " الإحكام " للآمدي (١ / ١٧٥ – ١٧٦) " البحر المحيط " (١ / ٣١٦) .

(٣) تقدم توضيحه . انظر : " إرشاد الفحول " (ص ٣٨٦ – ٣٥٠) بتحقيقي .

" المحصول " (٢ / ٢٩٢ – ٢٩٣) " البحر المحيط " (٢ / ٤٥٠ – ٤٥٢) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

لكن[أ] البطلان لا يلازم التحريم لجواز ترتب مقصود العقد عليه مع تحريمه كما هو رأى من لم يجعل النهي [1]للفساد ما لم يصرح الشارع بالبطلان مثل "فنكاحها باطل باطل"[2] أو ينفي الصحة نحو لا "نكاح إلا بولي "[2]عند من[ب] يجعله لنفي الصحة لا نفي الكمال أو بنفي[ج] الثمرة نحو للعاهر الحجر[2].

(أ) **قولـه:** لكن البطلان لا يلازم التحريم، أقول: يريد أنه لا يكون التحريم ملزوماً للبطلان بل قد يوجد البطلان من دون تحريم، فقد جعل البطلان أعم من التحريم، كما يقال الإنسان لا يلازم الحيوان وذلك لأن الملازم اسم فاعل هو الأعم للأخص فلا يوجد الأخص بدون الأعم، بخلاف العكس فالملازم اسم مفعول الأخص فلا يصح نفي ملازمة الأعم للأخص، فالظاهر أنه انقلب الكلام على الشارح وأنه أراد التحريم لا يلازم البطلان، إذ قد يوجد التحريم من دون البطلان كتحريم الميتة والدم والخنزير فإن البطلان من صفات العقود، والتحريم أعم من ذلك يرشدك إلى ذلك، قوله: لجواز ترتب مقصود العقد عليه مع تحريمه، فوجدت الصحة وهي الترتب مع تحريمه ما ذاك إلا لأن التحريم أعم من البطلان، إذ وجد مع وجود نقيض البطلان، ولذلك قال أنه لا يدل إلا تصريح الشارع بالبطلان.

(ب) **قولـه:** عند من يجعله لنفي الصحة، أقول: فيكون معناه لا صحة للنكاح إلا بولي ولا بد من زيادة قيد ولا يثبت الواسطة، فإن نفي الصحة لا يستلزم البطلان إلا عند القائل بذلك.

(ج) **قولـه:** أو بنفي الثمرة، أقول: لا يخفى أن سياق الكلام أنه لا يدل على بطلان العقد إلا التصريح ببطلانه أو نفيه لصحته أو لثمرته، وحديث: " للعاهر الحجر" حكم فيه بعدم ثبوت فراش الزاني وثبوت الفراش ثمرة عقد النكاح.

---

(1) ذهب جماعة من الشافعية والحنفية والمعتزلة إلى أنه لا يقتضي الفساد لا لغة ولا شرعاً لا في العبادات ولا في المعاملات، قالوا: لأنه لو دل على الفساد لغة أو شرعاً لناقض التصريح بالصحة لغةً وشرعاً واللازم باطل .. " . انظر: " الإحكام " للآمدي (2 / 211) " شرح مختصر الروضة " (ص 433) " إرشاد الفحول " (ص 388) .

(2) تقدم تخريجه .

وإذا عرفت هذا فقوله: (***باطلة ما اختل فيه العاقد***) المراد منه شروط العاقد من التكليف والملك والإذن والاختيار كما تقدم، إذ لا معنى لاختلاله نفسه المراد منه عدمه، لأن عدمه نفسه يوجب عدم وجود العقد، وقد عرفت أن المراد بالبطلان بطلان الثمرة فحيث لا مثمر فلا معنى لنفي الثمر (***أو فقد ذكر الثمن أو المبيع***) لما عرفت من أنه تعاوض بين اثنين في أمرين ينتفع بهما، فحيث لا يذكر أحد العوضين لا يتحقق التعاوض رأساً إلا أن تسمية هذا باطلاً تجوز[أ] لما عرفناك من أن بطلان الثمرة فرع وجود المثمر ولا مثمر هنا لانتفاء جزء المعاوضة وانتفاء جزء المجموع موجب لانتفائه، فالحكم فيه بنفي صفة الصحة كناية عن نفي الذات كما في:

لا يقرع الأرنب أهوالها ولا يرى الضب بها ينجحر..

لكن لا يخفاك أنه نفى الثمرة عن وطء الزاني لأنه عن غير عقد فليس مما نحن فيه، هذا ولا يعزب عنك أنه تقدم للشارح أن معنى الترتب استحقاق التصرف شرعاً، ومن البعيد أن يبيح الشارع التصرف في شيء ويجعل التصرف فيه حقاً وهو محرم عنده فإنه تناقض ظاهر لأنه جعل التصرف حقاً.

(أ) **قوله:** تجوز، أقول: وتسمية العاقد عاقداً فيه تجوز أيضاً ولا يخفى أن هذه التسمية مثل تسميته صلى الله عليه وآله وسلم للعقد الصادر من غير ولي باطلاً [1]فهو في الكل تسمية للصورة الصادرة عن إيجاب وقبول، فقد سماه عقداً حيث قال: كل نكاح والمراد به هنا العقد، إذ الولي شرط له والكلام متوجه إليه وحكم عليه بالبطلان، فدل على أن صور العقود التي لا ترتب عليها ثمراتها كالصلاة الفاسدة تسمى صلاة "كدعي الصلاة أيام أقرائك"[2].

---

(١) انظر : " المغني " لابن قدامة (٩ / ٣٤٥) " البيان " للعمراني (٩ / ١٥٢) " عيون المجالس " (٣ / ١٠٣٤) .

(٢) تقدم تخريجه .

وأما قوله: (**أو**) فقد (**صحة تملكهما**) في الحال فتهافت[أ] لأنه تعريف بالأعم، لأن التملك المفقود الصحة أعم من الباطل لشموله بيع المبيعات بيعاً فاسداً، فإن تملكها[ب] غير صحيح لأن صحة التملك فرع صحة العقد والعقد غير صحيح ولهذا يصح فسخه بالحكم بعد القبض أيضاً، ولو كان القبض موجباً لصحة التملك لما صح فسخه كما في العقد الصحيح، ثم هو دور أيضاً لأن بطلان العقد عبارة عن عدم صحة تملك المعقود عليه كما وصيناك، فلو قال أو جواز تملكهما على أن عدم جواز التملك إنما ينشأ في الأغلب عن كون المتملك منهياً عن تملكه، والنهي إنما يقتضي الفساد لا البطلان، فمن فرق بين الفساد والبطلان مثل المصنف وأتباعه لم يجد دليلاً على البطلان إلا النهي فيلزمه بطلان

(أ) **قوله:** فتهافت لأنه تعريف بالأعم، أقول: أراد أن يكون المبيع والثمن مما يصح تملكهما[1] يمكن به شرعاً وقوعهما مبيعاً وثمناً، فيخرج نحو الميتة وأرض مكة كما سلف في رسم البيع وحينئذ فلا يتم قوله لأن التملك.. إلخ فتأمل.

(ب) **قوله:** فإن تملكهما غير صحيح، أقول: إن أريد على تقدير إثبات الواسطة وهي المراد له فقد لا يسلم أنه غير صحيح، لأنهم أجازوا الدخول في العقود الفاسدة، ولا فائدة في الدخول فيه إلا تملك العين المعقود عليها، وتملك بالقبض أو الإذن ملكاً يصح معه التصرف فيها، وهذه ثمرة الملك الصحيح أيضاً، وأما جواز فسخه بالحكم ولو بعد القبض ففرق من وراء الجمع فإنهما -أي: الصحيح والفاسد- قد اجتمعا في استحقاق التصرف في العين شرعاً، وتعريض أحدهما للفسخ لا يرجع على هذا الاشتراك بخلل، وما هو إلا كفسخ العين المعقود عليها عقداً صحيحاً بالعيب، وأما على رأي من لا يثبت الواسطة فلا تملك أصلاً بل لا عقد على وفق ما سلف له.

---

(١) انظر : " " شرح الأزهار " (٦ / ٤١٨) .

كل منهي عنه أو التحكم بالحكم ببطلان مثل بيع الميتة وما لا ينتفع به وفساد[أ] بيع الخمر والخنزير.

نعم ما أجمع على عدم تملكه كالحر المسلم إنما يبطل بيعه لأنه ليس بمال رأساً لا لأنه منهي عن بيعه فقط كما في الميتة، وكيف لا وهي حلال في بعض الأحـــوال (*أو*) فقـــد ذكر (*العقد*) كما في المعاطاة بناء على أن العقد هو الإيجاب والقبول باللفظ بدليل[ب] ما ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد [1]وأبي هريرة من النهي عن بيع الملامسة والمنابذة بيعين كانا في الجاهلية يلمس الرجل بيده ثوب الرجل بليل أو نهار لا يقلبه فيلزمه البيع بذلك من غير لفظ[2].

(أ) **قولـه:** وفساد بيع الخمر والخنزير، أقول: قال المصنف أما إذا كان خمراً أو خنزيراً فقال المنصور[3] بالله: وظاهر كلام القاضي جعفر أنه يكون باطلاً، وظاهر كلام الهادوية وأبي مضر[3] أنـــه يكـــون فاسداً، ثم قال: والصحيح الأول والحجة لنا أن الخمر والخنزير لا يملكهما المسلم فكأنه اشترى بغير ثمن مذكور فلزم أن يكون باطلاً.

(ب) **قولـه:** بدليل ما ثبت، أقول: مثله في شرح الأثمار في رسم البيع وفي البيع جعل النهي عن المنابذة والملامسة لأجل أنه من المستقبل ذكره في شرح قوله غير مؤقت ولا مستقبل.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢١٤٤) ومسلم رقم (٣ / ١٥١٢) وأحمد (٣ / ٩٥) عن أبي سعيد قال : نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع ، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه ؛ والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الأخر بثوبه ويكون ذلك بينهما من غير نظر ولا تراض " .

(٢) انظر : " فتح الباري " (٤ / ٣٥٩) .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٤١٩) .

والمنابذة [1]أن ينبذ كل منهما ثوبه إلى الآخر فيلزمه البيع بذلك من غير لفظ وعــن بيع الحصاة الثابت من حديث أبي هريرة عنــد مســلم[2] وأبي داود[3] والنســائي[4] والترمذي[5] وقال حسن صحيح " أن يرمي الثوب بالحصاة فيلزمه من غير لفظ" .

إلا أنك عرفت أن غاية النهي عن المذكورات حرمتها لا كون[أ] اللفظ شرطاً في

(أ) **قوله:** لا كون اللفظ شرطاً أقول، بل لا دلالة فيها على أن النــهي لفقــد اللفــظ وفي " شــرح العمدة"[6] اختلفوا في تفسير الملامسة، فقيل: هي بأن يجعل اللمس بيعاً بأن يقول إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا وكذا وهو باطل للتعليق في الصيغة، وعدوله عن الصيغة الموضوعة للبيع شرعاً وقد قيل هذا من صور المعاطاة[7]، وقيل: تفسيره أن يبيعه على أنه إن لمس الثوب فقد وجب البيع

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (٢ / ١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه الملامسة : أن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنابذة : أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الأخر لم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه .

وقال الحافظ في " الفتح " (٤ / ٣٥٩) وهذا التفسير الذي في حديث أبي هريرة أقعد بلفظ الملامسة والمنابذة لأنهــا مفاعلة فتستدعي وجود الفعل من الجانبين .

(٢) في صحيحه رقم (٤ / ١٥١٣) .

(٣) في " السنن " رقم (٣٣٧٦) .

(٤) في " السنن " رقم (٤٥١٨) .

(٥) في " السنن " رقم (١٢٣٠) وهو حديث صحيح .

(٦) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٨٨) .

(٧) قال النووي في " المجموع شرح المهذب " (٩ / ٦٣) قال المتولي : المعاطاة التي جرت بها العادة : بأن يزن النقــد ويأخذ المتاع من غير إيجاب ولا قبول ، ليست بيعاً على المشهور من مذهب الشافعي ، وقال ابــن ســريج : كــل ماجرت العادة فيه بالمعاطاة وعده بيعاً فهو بيع ، ومالم تجر فيه العادة بالمعاطاة ؛ كالجواري والدواب والعقار لايكــون بيعاً ، قال : وهذا هو المختار للفتوى ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة المعاطاة بيع في المحقرات ، فأما النفيس فلا بد فيه من الإيجاب والقبول ... " .

• •

وانقطع الخيار، وهذا أيضاً فاسد بالشرط الفاسد، وفسره الشافعي[1] أن يؤتى بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه الراغب ويقول صاحب الثوب بعتك هذا بشرط أن يقوم لمسك مقام النظر، وهذا فاسد إن أبطلنا بيع الغائب، وكذا إن صححنا لإقامة اللمس مقام النظر.

وقيل يتخرج على شرط نفي الخيار، وأما لفظ الحديث الذي ذكره المصنف وهو أن الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه فإنه يقتضي أن صحة الفساد عدم النظر والتقليب وأما المنابذة فقد ذكر في الحديث أنها طرح الرجل ثوبه لا ينظر إليه، والكلام في هذا التعليل كما تقدم، انتهى.

وإذا عرفت هذا فلا يتم الاستدلال بالحديث على شرطية التلفظ بالإيجاب والقبول، لأنه يحتمل أن النهي لغير ذلك، وما دخله الاحتمال بطل به الاستدلال، فيبقى على الأصل وهو أن كل ما حصل به الرضا ودل عليه صح به البيع إلا ما نهى عنه كالمنابذة والملامسة وبيع الحصاة، فإنها وإن دلت على الرضا فلا يصح البيع للنهي وإن جهلت علته المعينة.

ثم قال ابن دقيق العيد[2]: واعلم أن في كلا الموضعين يحتاج إلى الفرق بين المعاطاة وبين هاتين الصورتين، فإذا علل بعدم الرؤية المشترطة فالفرق ظاهر، وإذا فسر بأمر لا يعود إلى ذلك احتيج إلى الفرق حينئذ بينه وبين مسألة المعاطاة عند من يجيزها، انتهى.

ولك أن تقول: الفرق أنه ورد النهي عن هاتين الصورتين وجهلنا علته فحكمنا بأنها لا تصح المعاطاة بهاتين الصورتين وصورة الحصاة للنهي، ويصح في غيرها لعدم الدليل على اشتراط اللفظ، وبعد هذا تعرف قوة ما ذهب إليه الشارح من عدم اشتراط اللفظ، وتقدم له في الاستدلال على عدمه حديث القدح والحلس، وهو ناهض وأجاب [٥٢٣/٣] المصنف عن حديث القدح والحلس لأنه محقر، قال

---

(١) انظر : " المجموع شرح المهذب " (٩ / ٤١٦) .

قال الشوكاني في " نيل الأوطار " (١٠ / ٤١) والعلة في النهي عن الملامسة والمنابذة الغرر والجهالة وإبطال خيار المجلس "

وانظر : " فتح الباري (٤ / ٣٥٩) .

(٢) في " إحكام الأحكام " (ص ٦٨٨) .

التعاوض يستلزم انتفاؤه انتفاءه حتى تكون المعاطاة باطلة، ولهذا ذهب المؤيد بـالله [(١)] إلى كونها [٥٢٣/٣] مقتضية للملك لحصول التراضي فيها بالتعاطي القائم مقام اللفظ لعدم الدليل على كون اللفظ شرطاً كما عرفناك على أن اللفظ عند من اعتبر خيار المجلس غير مؤثر في الصحة التي هي استحقاق التصرف إلا بشرط انقضاء المجلس، أو قول أحـدهما لصاحبه اختر ليتحقق بذلك حصول الرضا المعتبر في قوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ [(٢)] وقد جعلوا السكوت مبنياً عن الرضا كما في البكر فضلاً عن الأفعال الدالـة عليه، فإنهم إنما أثبتوا العمدية الموجبة للقصاص باستعمال الجارح في المقتل وبنوا عليه قتل النفس فضلاً عن ملك المال، وعرفت أيضاً أن الإجازة في الموقوف هي في الحقيقة البيـع وهي تصح بما يفيد التقرير من فعل أو نحوه كالتخلية .

(**والمال**) الذي هو المبيع أو الثمن (**في الأول**[(٣)]) وهو اختلال العاقد (**غصب**)

عليه "المنار"[(٤)] وهو رد بنفس المذهب، وإلى مثل ما ذهب إليه الشارح ذهب ابـن القـيم في كتابـه الهدي[(٥)].

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٤ – ٣٨٥) .

(٢) [سورة النساء : ٢٩] .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧١) لابد من تقييد الأول بأن قابض المال علم أن البائع منـه ممـن لا يصح بيعه أو لا ، حكم لمن وقع منه من الرضا ، فلا يتحقق الاستيلاء على مال الغير عدوانا – الذي هو معنى عنـد المصنف إلا بهذا ، وأما في الثاني والثالث فإذا كان القبض مأذوناً فيه من جهة مالكه فلا يكون بطلان البيع مسـتلزماً للغصب بل يكون في يد القابض كما يكون في يده ماهو مأذون له بقبضه وأما أنه يطيب له ربحه فلا لأنه مال الغـير والربح ربح مالم يضمن وقد صح النهي عنه كما قدمنا وأما كونه يبرأ من رد إليه فذلك لظاهر اليد الثابتة لـه وأمـا كونه لا يتضيق الرد إلا بالطلب فظاهر لأن الشيء في يده بإذن مالكه وهكذا عدم لزوم الأجـرة لـه مـع عـدم الاستعمال لأن يده ليست عدوان .

(٤) (٢ / ٥٧) .

(٥) " زاد المعاد " (٥ / ٧٢٧) .

يجري عليه أحكام الغصب كما سيأتي، وهذا صحيح لأن تصرف الصبي والمكره وغير المأذون كلا تصرف فكان الأخذ للمال من أيديهم أخذاً له بلا سبب إلا الغصب (**و**) أما قوله أنه (***في التاليين***) فقد أحد العوضين أو فقد صحة تملكهما (**كذلك**) فمما لا وجه[أ] له .

ومن العجائب أنه قال في "البحر"[1] قلت: والمال حيث بطل لخلل العاقد غصب وفيما عداه كذلك فعمم الحكم بالغصبية فيما عدا الأول، ثم علل قوله (***إلا أنه يطيب ربحه ويبرئ من رد إليه ولا أجرة إن لم يستعمل ولا يتضيق الرد إلا بالطلب***) بقوله إذ قبضه برضا المالك لا على وجه حظر فهو كالمباح أنتهى. وهل هذا إلا تناقض بين خبط ومتعين، وإلا فكيف يصح الحكم بأنه كالغصب ثم يحكم عليه بأنه كالمباح؟ .

(أ) **قوله:** فمما لا وجه له، أقول: هو كما قال فإنه خرج المال عن كل من المالكين بالرضا فأين هو من حقيقة الغصب، وقد صرح المصنف وحفيده أيضاً بأنه قبض المال بالرضا وبذلك فارق الغصب في الأربعة الأحكام، فالحق ما قاله الشارح وأن التاليين كالرابع، وتسميته رابعاً نظراً إلى الأول وإلا فهو ثالث إذ حكم الأول قد فرغ منه أنه غصب وبقي حكم الثلاثة .

قال المصنف: إن الثاني هو فقد ذكر أحد العوضين .

والثالث وهو فقد صحة تملكهما حكمهما حكم الغصب إلا في الأربعة التي ذكرها من طيب الربح وبراءة من صارا تحت يده بالرد إلى من هما في يده كالغصب مع أنه في الغصب الحقيقي لا يبرأ إلا بالرد إلى يد المالك فضمير إليه في عبارة المصنف يعود إلى من هو كالغاصب، وكذلك عدم الأجرة وأنه لا يتضيق الرد إلا بالطلب لا دليل على إخراجها من حكم الغصب، وأما تعليله لها بأنه قبض قبض العوض برضا المالك فإنه رجوع عن كونه كالغصب، فكلام الشارح متين.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٤) .

فالحق أن الحكم في التاليين (***وفي الرابع***) وهو فقد العقد واحد، وهو أن كلاً منهما (***مباح بعوض***) إلا أنه(أ) في الرابع مذكور وفي الأوسط مضمر وفي الثالث حرام (***فيصح فيه كل تصرف***).

وأما قوله: (***غالباً***) فاحترز به عن وطء الأمة وهو تخصيص بلا مخصص إلا ما يتخيل(ب) من أن أحكام الفروج مخالفة لأحكام المال وهو خيال كاذب لا مستند له من نقل ولا عقل، وأما تشديد الشارع في النهي عن الزنا فالزنا معروف وقد كفى في المتعة

(أ) **قوله:** إلا أنه أي العوض في الرابع [أي التي][1] بالنظر إلى الأول وإلا فهو ثالث وهو حيث فات التلفظ بالعقد، وفي الأوسط [أي][1] الأول من الثلاثة وهو حيث فقد ذكر أحد العوضين مضمر أي: العوض وما ظهر لي وجه إضماره، وفي الثالث وهو فقد صحة تملكهما حرام أي العوض فسر المصنف عدم صحة تملكهما بقوله نحو أن يكون الثمن أو المبيع لا يصح تملكه كالميتة كان العقد باطلاً.

قلت: فكان حق العبارة أن يقول أو فقد صحة تملك أحدهما.

(ب) **قوله:** إلا ما يتخيل من أن أحكام الفروج، أقول: علله في شرح "الأثمار" أنه إنما لم يجز وطء الأمة المأخوذة بالمعاطاة؛ لأن تصرف المشتري فيها مستند إلى إباحة البائع له والوطء مما لا يستباح بالإباحة، وفي "البحر" الأولى التعليل بعدم استقرار الملك لتعريضه للفسخ ولا وطء إلا في ملك مستقر لتشديد الشارع في الفروج، هذا كلامه.

قلت: والظاهر كلام المؤيد.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

ماهو أضعف[أ] من المعاطاة، ولهذا جوزه المؤيد[1] وعن الشفعة[ب] فيه اتفاقاً ·

(**و**) إنما لم تصح الشفعة فيه عند الهادوية [2]لعدم استقرار الملك إذ يجوز لمعطيه (***ارتجاع الباقي***) منه عندهم (**و**) أما عند المؤيد[1]فلأنه وان كان الملك عنده (***فيه***) بالثمن لا (***القيمة***) كما يدعيه الهادوية[2] فلأن الملك معرض للفسخ بسبب الخلاف.

(أ) **قولـه:** ما هو أضعف من المعاطاة كالمتعة، أقول: بل المتعة من المعاطاة كما أفاده حديث ابن مسعود الذي أخرجه الشيخان[3] كنا نغزو وليس لنا نساء فرخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل مسمى، انتهى. ومعلوم أنه يعطيها الثوب وتعطيه نفسها، فكيف يقول أنها أضعف من المعاطاة، بل هي منها.

(ب) **قولـه:** وعن الشفعة فيه اتفاقاً، أقول في شرح الأثمار: وأما قوله في الغيث وكذلك الشفعة به عند الجميع، فلعله سهو من الناسخ إذ لا يستقيم دعوى الاتفاق على ذلك، بل الظاهر أن الشفعة به تصح على قول المؤيد ومن وافقه.

قلت: وكان هذا وقع في نسخة شارح الأثمار والذي رأيناه في الغيث يحترز من الوطء للأمة المأخوذة بالمعاطاة، فإنه لا يجوز وطؤها خلاف المؤيد، وكذلك الشفعة لا تصح عند الجميع، هذا لفظه ولقد أجاد (الشارح) في إدماجه كلامه في [كلامه][4] في قوله إذ يجوز مع رصانة الكلام وحسن اندماجه وجعل عبارة الأزهار دليلاً للهادوية، وللمؤيد وكثيراً ما أتى له مثل ذلك (وهو في حسن العبارة إمام بلا كلام) وذلك أنه جعل قوله ويجوز ارتجاع الباقي دليلاً للهادوية في عدم صحة الشفعة، وجعل قوله وفيه القيمة إدماجاً لدليل المؤيد وهو تعريضه للفسخ.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٤) ·

(٢) " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣٣) ·

(٣) أخرجه البخاري رقم (٤٦١٥) ومسلم رقم (١١ / ١٤٠٤) وأحمد (١ / ٤٢٠ ، ٤٥٠) ·

(٤) زيادة من نسخة أخرى ·

قلت: إلا أن كون تعريضه للفسخ مانعاً عن الشفعة مما يفتقر إلى دليل على المانعية (**و**) لا يقال أنه (**ليس بيعاً**) عند الجميع، فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاة لأنا نقول إن أريد أنه ليس بيعاً لغوياً ولا شرعياً فممنوع، وإن أريد أنه ليس ببيع في عرف الفقهاء فمسلم والأيمان تنصرف[أ] إلى العرف كما أن الأحكام تنصرف إلى الحقائق الشرعية واللغوية هذا في باطل البيع .

(**و**) أما (**فاسده**) فهو (**ما اختل**[ب] **فيه شرط غير ذلك** [1]) ......

(أ) **قوله:** ينصرف إلى العرف، أقول: ليس المراد عرف الفقهاء كما يوهمه كلامه، بل إلى العرف العام عند المخاطبين.

(ب) **قوله:** ما اختل فيه شرط غير ذلك، أقول: غير الأربعة [2]ومثل المصنف الغير بقوله نحو أن يكون الثمن أو المبيع مجهولاً أو يكون العقد بغير لفظ ماض أو يكون المبيع غير موجود في الملك فإنه يكون فاسداً، انتهى.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧٢) :

قد قدمنا أن هذا مجرد اصطلاح تواضعوا عليه جعلوا اختلال بعض ماذكروه في شروط البيع مقتضياً وبعضها مقتضياً لفساده وكل هذا تلاعب بالكلام ولكن هذا التلاعب قد رتبوا عليه أحكاماً شرعية فالعجب من ترتيب أحكام الله على الاصطلاح الذي هو مجرد تلاعب والحاصل أن الصحيح هو ما أذن به من قوله ﴿ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ ﴾ ولم ينه عنه الشارع ولا ثبت عنه ما يدل على عدم جواز التعامل به وما عدا هذا فهو باطل رد على فاعله لأنه لم يكن عليه أمر الشارع كما قال : " كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد " لا يجوز لمسلم أن يدخل فيه فإن فعل فلا حكم لفعله ولا فرق بين ما يقتضي الربا ومالا يقتضيه وإن كان ما يقتضي الربا أشد تحريما وأعظم خطراً .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٢٧) .

بناء على[أ] ما أشرنا لك إليه من توهم كون عدم الوصف المنهي عنه شـرطاً للصـحة أو وجوده مانعاً لها، وقد حققنا في شرح الفصول فساد الأمرين في بحث[ب] كـون النـهي يقتضي الصحة كما تقوله الحنفية[1] ويستلزم قول أهل المذهب أن اللفـظ في خطـاب الشارع إنما ينطلق[ج] إلى الصحيح فلزمهم أن تكون أحكامه التي خصصوه [٣/٥٢٤] بها

(أ) **قولـه:** بناء على ما أشرنا لك إليه.. إلخ، أقول: يأتي لنا نقل كلام المصنف في وجـه التفرقـة بـين الشروط قريباً، وأنه لأجلها انقسم البيع إلى صحيح وباطل وفاسد.

(ب) **قولـه:** في بحث كون النهي يقتضي الصحة، أقول: لعلها تتوق نفس الذكي إلى معرفة مـا حققـه هنالك، وقد قدمنا لفظه في النكاح في فصل الشروط فراجعه بتأمل تعرف أنه لا يفي بحوالة الشارح هذه.

(ج) **قولـه:** إنما ينطلق إلى الصحيح، أقول: قال في الفصول وإنما يتناول الخطاب الشرعي الصـحيح، قال الشارح في شرحه [له][2] أي من الشرعيات فإذا، قال الشارع صل فـالمراد افعـل الصـلاة المستكملة الشرائط، وكذلك إذا قال بع أو انكح أو طلق، وفي ذلك بحث إلى أن قال وأيضاً يستلزم أن يكون النهي مقتضياً للصحة كما هو مذهب البعض، لأن النهي من الخطاب، وسـيأتي ذلـك في مباحث النهي، ويستلزم أيضاً أن لا يجري شيء من أحكام الصحيح على الفاسـد، لأن الخطـاب المطلق إذا لم يشمل إلا الصحيح، والأحكام الشرعية له فقط، احتاج الفاسد إلى أدلة على أحكامـه غير أدلة المطلق ولا دليل غيرها، فإثباتها للفاسد لا بدليل، وقياس الفاسد على الصـحيح لا يصـح لظهور الفارق انتهى كلامه.

فقول الشارع لا تصّل في أوقات الكراهة مثلاً مراد به لا تفعل الصلاة المأمور بها في ذلك الوقـت نفلاً أو إيجاباً، والشارع لم يأمر إلا بالصحيحة والنهي لا يكون إلا عنها، وخطابه في بـاب الأوامـر والنواهي واحد فالمنهي عنه هو الصحيح وهو مراد من قال: إن النهي يقتضي الصحة، فصيغة النهي

---

(١) انظر: "الإحكام" للآمدي (٢ / ٢١١).

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

ثابتة بلا دليل مثل ما تقدم في النكاح من مخالفته الصحيح في الإحلال والإحصان ونحوهما، وما سيأتي من مخالفته الصحيح في الملك بالثمن وبمجرد العقد ونحوهما (و) أما قولهم أنه (**يجوز عقده**) فإنما يتمشى على جعل مناهي البيع كلها للكراهة، كما ذهب إليه

لم ترد إلا على الصحيح، وتفيد أنه إن فعل هذا المنهي عنه في وقت الكراهة مثلاً فهو فاسد ضرورة أنه لا نهي عن الصحيح إلا من حيث أن فعله لا يترتب عليه ثمرته وهو معنى الفاسد، فكأنه قال اترك هذا الصحيح فإن فعلته فهو فاسد، وهذا المعنى لا ضير فيه غايته أن العبارة شنعت لما قيل النهي يقتضي الصحة لإيهامها أنه يقتضي صحة فعل المنهي عنه مع مقارنة ما يفسده، وليس كذلك بل المراد ما سمعته.

وقوله: ويستلزم.. إلخ كلام صحيح ووجهه صبيح وقريب منه في " المنار"[1] وقد قدمنا لفظه واستدل المصنف بشرط بريرة [2]فإنه بيع وشرط وهو فاسد، وقد قرره النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ورده "المنار"[3] بأنا لا نسلم أنه بيع فاسد إذ طابق أمره صلى الله عليه وآله وسلم وهو معنى الصحيح، ثم ذكر تناقضاً وقع للمصنف في حديث بريرة وأخذ الأحكام منه.

واعلم أن المصنف قد تنبه لما أورده الشارح و"المنار" فقال: تنبيه قد يقال ما المخصص [٣/٥٢٤] لشروط صحة البيع حتى جعلتم بعضها صحيحاً، إذا فات بطل البيع، وبعضها إذا فات لم يبطل بل يفسد، والجواب على ما فهم من كلام الشرح أن ما صح تملكه في حال وجعل فيه تسليط وبدل يقوم في حال فهذا يوجب الملك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [4]وما كان على هذه الصفة فهو يسمى تجارة، وما لم تحصل فيه هذه الأوصاف فلا دليل على الملك، ثم ذكر فوائد القيود المذكورة، ولا يخفاك ضعف هذه التفرقة.

---

(١) (٢ / ٥٤ – ٥٥) .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٧٢٦) ولمسلم رقم (١٠ / ١٥٠٤) بمعناه من حديث عائشة رضي الله عنها . وقد تقدم .

(٣) (٢ / ٥٤) .

(٤) [سورة النساء : ٢٩] .

الناصر والإمام يحيى والشافعي، ونبهناك فيما سلف عليه، وأما من جعل النهي للحظر فقد نكص عن أصل وتخبط في الأحكام بخيالات جهله ولهذا[أ] ثبت القاسم على القول بحظره، وأما احتجاج المصنف على الجواز بفعل[ب] المسلمين وما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن، فحجة عليه ظاهرة في أن النهي للكراهة لأن الأمة لا تجتمع على محظور ومحققو أئمة الأصول [قاطبة مجمعون] [1]على أن الكراهة ليس بنهي حقيقي وإنما هو صوري لبيان أن ترك الفعل أولى من فعله، فالفعل مأذون فيه فكيف يحكم بفساده الذي هو لازم المنع عنه ومنه تعلم[ج] بطلان ما ذكره شراح جمع الجوامع أن نهي الكراهة إذا كان للذات أو لوصف ملازم اقتضى الفساد.

(أ) **قوله:** [ولهذا] [1]ثبت القاسم على القول بحظره، أقول: قال القاسم وأحد قولي المؤيد لا يجوز الدخول فيه ويملك بالقبض، وقال الناصر والشافعي: أنه يجوز ولا يملك بالقبض، قال في "المنار"[2]: والحجة معه يعني القاسم إلا أن قول الناصر والشافعي أقرب لأنه يعود من باب، الإباحة، ويأتي للشارح أن الشافعي ناقض نفسه، لكن قال المصنف في الغيث إن الناصر والشافعي يقولان لا يجوز ولا يملك بالقبض.

(ب) **قوله:** بفعل المسلمين، أقول: أراد به الإجماع، ولفظه في "البحر"[3]، قلنا إجماع المسلمين، فقال عليه " المنار" قد تكرر لنا إبطال نحو هذا فإنه لا عبرة بالعامة وإجماع المجتهدين في عصر من الأعصار على الدخول فيه وعدم النكير غير معلوم ولا مظنون وردُّ ذلك مكابرة.

(ج) **قوله:** ومن هنا تعلم بطلان ما ذكره شراح "جمع الجوامع"[4]، أقول: أي من كونه نهياً صورياً لا حقيقياً تعلم أن فعل نهي الكراهة إذا كان للذات أو لوصف ملازم يقتضي الفساد قول باطل، قاله شراح جمع الجوامع .

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) (٢ / ٥٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٣) .

(٤) (ص ١٤ - ١٥) .

ومن فرع على غير الأصول واستحلى خيالات المقلدين الذين عجــزوا عــن مصــاولة الفحول فجدير بأن يخبط خبط عشوى ويبني أحكام الله على ما أملوه له من الأهواء٠

وأما قوله: (**إلا مقتضى الربا فحرام باطل**) فاستثناء منقطع كأنــه تــوهم أن قوله: ما اختل فيه شرط في قوة ما نهي عنه كما نبهناك عليه ليدخل بيع الربا في عمــوم المنهي فيتصل استثناؤه على أن[أ] تخريج المؤيد بالله أن الربا غير المجمع عليه كقرض درهم بدرهمين نساء فاسد يملك بالقبض، وقواه المصنف أيضاً، وأبو حنيفة على أنه صحيح، إذا طرحت الزيادة لم يحتج إلى تجديد عقد٠

(**وما سواه** [1]) أي سواء مقتضى الربا (**فكالصحيح**) في جميع أحكامه من ٠٠

قلت: لفظ جمع الجوامع: يطلق نهي التحريم وكذا التتريه في الأظهر للفساد شــرعاً، قــال شــارحه الزركشي [2]أشار بقوله نهي التحريم إلى أن محل الخلاف في النهي هل يقتضي الفساد، إنمــا هــو في التحريم وأن التتريه يلحق به في الأظهر؛ لأن المكروه مطلوب الترك وطلب تركــه يوجــب عــدم الاعتبار به إذا وقع وذلك هو الفساد، ولهذا صححوا فساد الصلاة في الوقت المكروه، وإن قلنا إن النهي للتتريه هذا خلاصة كلام شارح جمع الجوامع وهو قاضٍ بأنهم قائلون بــأن النــهي يقتضــي الفساد، وسواء كان للتحريم أو للتتريه، ولهم في المسألة خلاف، ولكن ما ذكرناه هو المختار لهــم ثم لا يخفى أنّه هذا كله من الشارح تقوية لكون المناهي في البيع للكراهة فيلزم ثبوت البيــع الفاســد وجواز عقده.

(أ) **قولـه:** على أن تخريج المؤيد، أقول: في "الغيــث" وتخــريج أبي طالــب أنــه باطــل، لا يملــك بالقبض [3]وهو الذي في الأزهار لأنه قال فحرام باطل.

---

(١) وأما قوله : " وما سواه فكالصحيح " فمن أغرب مايقرع الأسماع ومن له زاجر من روع فضلاً عن وازع من علم يعلم أن هذه التسوية باطلة هي وما ترتب عليها من الأحكام المستثناه إلى آخر الفصل فإياك أن تفتر بشيء منها فإنها سراب بقيعة وظلمات بعضها فوق بعض ٠ قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧٣) ٠

(٢) انظر " البحر المحيط " (١ / ٣١٦ – ٣١٧) ٠

(٣) " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣٠ – ٢٣١) ٠

جواز التصرف والانتفاع (**إلا**) في أحكام[(1)] منها (**أنه معرض للفسخ**) من الحاكم، إذا تشاجرا إلى حاكم يرى حرمة الدخول فيه كالقاسم أما من يرى جواز الدخول فيه وعقده فلا يجوز[(أ)] له أن يفسخه، لأن الإلزام إنما يكون بترك محظور أو فعل واجب يعتقدهما الحاكم .

(**و**) الفسخ يصح و(**إن**) كان (**قد تلف**) المبيع ليكون اللازم إنما هو قيمته لا ثمنه، فيكون فائدة الفسخ التراجع فيما بينهما إلا أن القياس أن لا يقصر حكمه عن حكم الهبة في أن التلف فيها[(ب)] مانع عن الرجوع بالقيمة، وكذا موهما أو أحدهما مانع للفسخ، كما يمنع الرجوع في الهبة، ولأن انتقاله بالموت إلى ملك الوارث كانتقاله بالبيع ونحوه، استهلاك حكمي .

(**و**) منها أنه (**لا يملك إلا بالقبض بالإذن**) من البائع لا كالصحيح يملك بمجرد العقد، وقال الناصر والشافعي لا يتم الملك قبل القبض ولا بعده [أما إذا كان النهي

(أ) **قوله:** فلا يجوز له أن يفسخ، أقول: هذا خلاف صريح: كلامهم فإنهم قالوا إذا كان يرى فساده فله فسخه، والذي يرى فساده قائل بجواز الدخول فيه إذ القائل لا يجوز الدخول فيه قائل ببطلانه، إلا أن ما ذكره الشارح وإن كان خلاف صريح كلامهم هو الأقرب إلى الصواب.

(ب) **قوله:** مانع عن الرجوع بالقيمة، أقول في شرح الأثمار: وقد قيل أن الفسخ لا يلحق التالف، والصحيح الأول وهو في الغيث وشرح "الأزهار"[(2)] [و][(3)]لكنه لم يعلل وجه صحة الأول.

---

(1) في " ستة أحكام " والسابع لحوق الإجازة .

انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٤٢٨ – ٤٣٠) .

(2) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣٤) .

(3) زيادة من نسخة أخرى .

للحظر فهو يقتضي الفساد، وأما إذا كان للكراهة فكذا عند الشافعي[1] يقتضي الفساد، وإذا كان النهي بوصف لا ينفك عن المنهي عنه لكن حققنا ضعف القول بذلك في شرحنا لمختصر المنتهي] [2]وهو تهافت[أ] لا أعلم صدور مثله عن الشافعي كيف يعترف بجواز الدخول فيه، وجواز الدخول فيه مستلزم لكون النهي للكراهة وهي الكراهة لا يقتضي الفساد فضلاً عن البطلان، وهل هذا إلا منع للنتيجة بعد تسليم المقدمتين؟ لأنه ينتظم قياسه هكذا عقد الفاسد لا يكون محظوراً، وكل ما لا يكون محظوراً يبطل، فعقد الفاسد لا يبطل والمقدمتان مسلمتان[ب] وتركيبهما من صورة الشكل الأول وعلى شروطه ضروري الإنتاج، فلو لم يملك به لكان ذلك نفس البطلان الذي هو نقيض النتيجة ٠

(**و**) منها أن (***فيه القيمة***) لا الثمن بناء على أنه بكونه معرضاً للفسخ غير مستقر ملكه للمشتري، فكأنه مضمون عليه، والضمان إنما يكون بالقيمة لكن قد عرفت أن هذا إنما يتمشى على قول القاسم بحرمة الدخول فيه كالربا فيكون مضموناً على من هو في يده، أما على غير مذهب القاسم ففيه ما أوردناه على الناصر والشافعي ٠

(أ) **قوله:** وهو تهافت، أقول: علل المصنف كلام الشافعي بأنه باطل ولا يملك بالباطل، وفي كلام "المنار"[3] السابق ما يشعر بأنه يقول أنه أباحة، فقوله لا يملك يريد بالعقد الباطل وجواز الدخول فيه ليس لكونه بيعاً بل لكونه أباحة، فإن تم هذا فلا يتم تهويل الشارح عليه.

(ب) **قوله:** مسلمتان، أقول: قد يقال الشافعي يمنع المقدمة الأولى لعدم ثبوت عقد فاسد عنده **[٣/٥٢٥]**.

---

(١) انظر : " إرشاد الفحول " (ص ٣٨٨) " البحر المحيط " (٢ / ٤٥٠ - ٤٥٢) ٠

(٢) زيادة من نسخة أخرى ٠

(٣) (٢ / ٥٤) ٠

(**و**) منها [٣/٥٢٥] أنه (**لا يصح**) أي لا يجوز (***فيه الوطء***) بناء على التخيل[أ] الذي عرفناك فساده وقد يروي فقهاء "الأزهار "[1] الإجماع على ذلك في حواشيهم ويغفلون عن رواية المصنف في "البحر"[2] للخلاف في جوازه وقياسه بعد القبض على الهدية لأنهما إباحة من كل وجه، وإنما أجاب المصنف بقوله.

قلت: ملك الهدية مستقر فافترقا ولا يخفى أنه مصادرة بعد الاعتراف بجواز الدخول في العقود الفاسدة لصحة منع الفرق حينئذ إنما يتجه الفرق على قول القاسم بالتحريم .

(**و**) منها أنه لا يصح (***القبض بالتخلية***) وقد عرفت ما في ذلك بعد الاعتراف بجواز الدخول في الفاسد فإنه قد هدم هذه الفروق كلها.

(أ) **قوله:** بناء على التخيل الذي عرفناك فساده، أقول: في شرح قوله غالباً في هذا الباب وفي "الغيث" أنه ذكر أهل المذهب أنه يجوز الوطء في العقد الفاسد، وقواه الفقيه يحيى [3] إن لم يصح دعوى الإجماع الذي حكاه في "اللمع"، انتهى، وبه تعرف أن الذي في حواشيهم عن اللمع. واعلم أنه أسقط الشارح من كلام "الأزهار" قوله ولا الشفعة أي لا يصح فيه، قال في "الغيث" لأنها مأخوذة بالثمن والفاسد بالقيمة، زاد في شرح "الأثمار" والقيمة مجهولة وفي "البحر"، قلت: فالأولى في تعليل المنع ملك البائع استرجاعها بالحكم، فلم يستقر انتقاله كما لو شرط لنفسه الخيار.

---

(١) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٤٣٤ – ٤٣٥) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨١) .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣٣) .

(فصل)

(و) الفوائد (**الفرعية فيه قبل الفسخ للمشتري**) لما عرفت من أنه مضمون عليه بالقيمة، وقد ثبت حديث[1] الخراج بالضمان كما تقدم (و) أما قوله أن (**الأصلية**) في يد المشتري (**أمانة و**) أنها (**تطيب**) للمشتري إما (**بتلفه**) أي المبيع (**قبلها**) أي قبل تلفها [وحذف المضاف في ذلك خطأ لإيهامه أن المراد قبل حصولها وهو مناقضة][2] (**و**) إما أنها تطيب (**بفسخه بالرضا**) فكلام متناقض إذ لا قائل بأن شيئاً من الأمانة يطيب للأمير غاية الأمر أن يكون الباقي منها حال التفاسخ تابعاً للمبيع في كونه معرضاً للرجوع إلى البائع بعد الفسخ، وكيف يصح لذي عقل فضلاً عن ذي نظر أن يقول يجوز له قبل الفسخ الانتفاع بعين البيع وإتلافه، وأما لبنه وصوفه فلا يجوز له الانتفاع بهما فنسأل الله السلامة[أ] لأفهامنا من الخَطَل .

فصل والفرعية [فيه][2] قبل الفسخ [للمشتري][2].

(أ) **قوله:** نسأل الله السلامة لأفهامنا من الخطل، أقول: لم يبين ما يختاره وكأنه يختار أن الأصلية والفرعية للمشتري [تطيب][2] كما سلف للشافعي[3] في رد المعيب واستقواه الشارح هنالك، وإن كان الشارح لا يثبت الفاسد فمرادنا على تقدير أنه يقول به فهو يقول بهذا قياس على ما سلف وأبو حنيفة يقول الربح والأجرة في العقد الفاسد يجب التصدق بهما، ومثله حكاه أبو طالب عن أبي العباس وكذا ذكره المؤيد في الإفادة على مذهب يحيى ونقله في "الغيث"، وذكر إنما ذكره في "الأزهار" في حكم الفوائد الأصلية ذكره النجراني في الهداية وذكر عن ابن سليمان أنها لا تطيب وأنها أمانة.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٨٥) .

(**و**) الفاسد (**يمنع رد عينه**) للبائع (***الاستهلاك الحكمي*** [(١)]) وأما الحسي فمما لا يمكن رد العين معه ضرورة لاستلزامه التكليف بالمحال (**و**) الحكمي (**هو قولنا** [(٢)] **... وقف وعتق وبيع ثم موهبة ..** [(أ)] **.. غرس**) للغصن ومثله (**بناء**) العرصة [(ب)] وغرس الطين (**وطحن**) للحب (***ذبحك الحملا ..***) وهو صغير [(ج)] الضأن

(أ) **قوله:** ثم موهبة، أقول، في "الأثمار" قال نحو موهبة، قال شارحه جعله بدل لفظ ثم ليدخل في ذلك النذر وشبهه من التمليكات.

(ب) **قوله:** أو عرصة فبناها، أقول: في "البحر" [(٣)] وكذا في الأحجار يعني إذا بنى بها.

(ج) **قوله:** وهو صغير الضأن، أقول: في شرح "الفتح" والذي رأيته في حياة الحيوان الحمل الجزور إذا بلغ ستة أشهر، وقيل هو ولد الضأن الجذع فما دون، والذي رأيته في منهاج ابن جزلة أن الضأن يسمى حملان والذي حفظته أنه اسم للماعز الصغير، انتهى. قلت في "القاموس" [(٤)] في الحاء المهملة الحمل محركة الخروف وهو الجذع من أولاد الضأن فما دونه جمعه حملان وأحمال، انتهى. ولم يذكر

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧٣) وأما قوله : " والفرعية فيه قبل الفسخ ... إلخ " فأقول : قد عرفناك أنه باقٍ على ملك مالكه . وأن البطلان والفساد شيء واحد إذا وقع على غير وجه الصحة الذي أذن الله به ، فلا حكم من وقف مادل الشرع على أنه غير ملك له ، ولا العتقه ، ولا لبيعه ، ولاهبته ، ولا لفرسه ، ولا لصبغه ، ولا لحشوه ، ولا لنسجه ، ولا لغزله ، ولا لقطعه ، فإن أذن له مالكه بشيء من ذلك كان وكيلاً له وإذا عزم رجع بالعزم مع الإذن لامع عدمه .

(٢) قال في " شرح الأزهار " (٦ / ٤٣٨) الاستهلاك الحكمي وجملته خمسة عشر وجها وهو قولنا :

وقف وعتق وبيع ثم موهبة ... غرس بناء وطحن ذبحك الحملا

طبخ ولت وصبغ حشو مثل قبا ... نسج وغزل وقطع كيف مافعلا

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٢) .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ١٢٧٦) .

(**طبخ**) للحم (**وَلَتٌّ**) للسويق والطحين بالعجن (**وصبغ**) للثوب (**حشو مثل قبا...** [1]) ومثله[أ] الخياطة (**نسج**) للغزل (**وغزل**) للقطن (**وقطع**) للثوب (**كيفما**

ما في حياة الحيوان والجزور إنما هو البعير أو خاص بالناقة المجزورة كما في "القاموس"[2] أيضاً، ويحتمل أنه تصحيف في بعض نسخ حياة الحيوان الخروف إلى الجزور وإن كان يبعده قوله بعده وقيل هو ولد الضأن إذ الجزور كصبور الذكر [من أولاد الضأن][3] إذا رعى وقوي ومهر الفرس إلى مضي الحول أو إذا بلغ ستة أشهر فليتأمل الناظر هذا النقل، قال في الغيث: فإن قلت أنهم ذكروا في الغصب أن الذبح وحده لا يكون استهلاكاً حتى يكون الذابح هو الطابخ، وهنا جعلت الذبح وحده استهلاكاً.

قلت: هكذا ذكر أهل المذهب ههنا ولنا عليهم نظر يأتي في باب الغصب، ولعل وجه الفرق أن الاستهلاك في البيع الفاسد قد يحصل بأقل من الاستهلاك في باب الغصب، ألا ترى أنهم جعلوا البيع هنا استهلاكاً ولم يكن في الغصب استهلاك كذلك الذبح، جعلوه هنا بمجرد استهلاكاً بخلاف ما في الغصب على ما سيأتي، فإن قلت فلم فرقوا بين الغصب والفساد في ذلك، قلت: لأن الغاصب لم يثبت له ملك في المغصوب لا قوي ولا ضعيف فلم يخرج عن ملك صاحبه إلا بتلفه وإزالة اسمه ومعظم منافعه بخلاف الفاسد فإن المشتري قد ملكه بالقبض فصحت تصرفاته فيه وكانت استهلاكاً غالباً.

(أ) **قوله:** ومثله الخياطة، أقول: في الأثمار أبدل لفظ الحشو بدرز قال شارحه إذ العبرة بالدرز لا بمجرد الحشو.

---

(١) قميص ضيق الأكمام .

(٢) " القاموس المحيط " (ص ٤٦٥) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

فعلا) وقد عرفناك[أ] ما هو أقرب من هذا وهو أنه لا يجوز لحاكم يرى جواز الدخول فيه فسخه وإما بالتراضي، فيرد مع الاستهلاك المذكور وعدمه فلا معنى لإطلاق المنع (**و**) أما قوله: (**يصح كل عقد**[1] **ترتب عليه كالنكاح**) أي: الإنكاح للأمة المشتراة بعقد فاسد فتكرير لقوله كالصحيح .

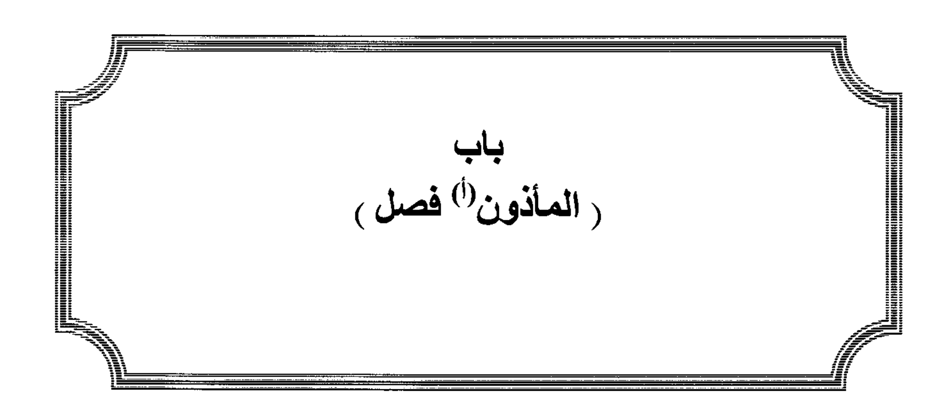
(**و**) إذا فسخت الجارية فإن نكاحها (**يبقى**) لا ينفسخ بفسخها (**و**) كذا (**التأجير**) يصح (**و**) أما قوله أنه يخالف النكاح بأنه (**يفسخ**) دون النكاح فوهم لأن المذهب خلافه إذ ما صح لا يصح فسخه، (**و**) الفاسد يصح (**تجديده**) بعقد يكون (**صحيحاً**) وإن كان (**بلا فسخ**) للأول لأن تمليك المشتري للبائع العقد الثاني فسخ للأول.

(أ) **قوله:** وقد عرفناك ما هو أقرب، أقول: أهمل الشارح والمصنف في شرحه الدليل على كون الاستهلاك[2] الحكمي مانعاً عن الرد، ومثلهما شارح الأثمار، وكأن الدليل أنه لا يستحق إلا عين ما باعه، وخرج بالمعاوضة عن ملكه وهذه العين التي وقع فيها الاستهلاك الحكمي لم تبق هي حقيقة ما خرج من يده، إلا أن هذه العلة غير شاملة لأنواع الاستهلاكات.

---

(١) فينبغي أن يقال : ويبطل كل عقد ترتب عليه لأن المترتب على الباطل باطل .
" السيل الجرار " (٢ / ٦٧٤) .

(٢) " شرح الأزهار " (٦ / ٤٤٣) .



باب
(المأذون[أ] فصل)

(أ) **قوله:** المأذون، أقول: في "الغيث " أنه يقبل قول العبد أنه مأذون، ومثله المميز.

(**ومن أذن لعبده أو صبيه**) المميز (**أو سكت[أ] عنه فيشراء أي شيء**)

(أ) **قوله:** أو سكت، أقول: في شرح "الفتح" ما لفظه، واعلم أن مسألة السكوت تحتاج إلى بيان ما فيها، فإنه أطلق المرتضى أن السكوت أجازة، وخرجه أبو طالب للهادي في مسألة النكاح وذكره أبو العباس[1]، قال القاضي[2] زيد وحمله أكثر أصحابنا على ظاهره، وقد يفرق بأن يقال: إن النكاح لنفسه والشراء لسيده إذ لا يصح أن يملك، وإن اشترى للغير فلذلك الغير، وتأول كلام الهادي على إذن متقدم أو على الإجازة بالنطق بعد العقد، وقال أن مجرد السكوت لا يكون له شيء من الأحكام في جميع المواضع، وما ذكر فيه فللتراخي، فسكوت الشفيع لكونه تراخياً وكذلك سكوت البكر، ومن علم بولادة زوجته على فراشه ومن له خيار الرؤية والشرط، حتى انتهت المدة، والواهب بعوض مضمر، والراهن حين علم ببيع المرهن، فكل هذه يتأول السكوت فيها بالتراخي إلى آخر كلامه، إلا أنه قيل: إنه لا يتم هذا التأويل في عقد الأمة من فضولي، وإنما يجري في مثل السكوت في الصغيرة.

قلت: إن قوله مجرد السكوت لا يكون له شيء من الأحكام غير صحيح، فإن التقرير أحد أقسام السنة النبوية وهو سكوت[3] النبي صلى الله عليه وآله وسلم على ما علمه من الأفعال التي لم تكن قد تقدم إنكاره لها، وعلمه وهو قادر على الإنكار فسكت بعد علمه بالفعل، فإن سكوته دليل على جوازه، هذا مقرر في أصول الفقه، وكذلك قوله إن سكوت البكر بعد إعلامها بخطبتها يحتمل رضاها على أنه لأجل التراخي غير صحيح، فإن النص صرح بأن رضاها سكوتها حتى ذهب ابن حزم [4]أنها لو نطقت بأنها راضية لا يكون رضا لأن الشارع إنما جعل رضاها السكوت.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٤٣ – ٤٤٤) .

(٢) انظر : " الروض النضير " (٣ / ٦١٠) .

(٣) انظر : " " مجموع فتاوى " لابن تيمية (٢١ / ٣١٨) " السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي " (ص ٤٩) " إرشاد الفحول " (ص ١٤٥ – ١٤٦) .

(٤) في " المحلى " (٩ / ٤٦٠) .

لنفسه[أ] أو لسيده لا للغير ولو[ب] أذن له في بيع [٥٢٦/٣] خاص أو سكت له على بيعه (*صار مأذوناً في شراء كل شيء*) فتتعلق الحقوق برقبته وما في يده خلافاً لزيد والمؤيد والإمام يحيى [١]والشافعي وأصحابه لنا[ج] قضاء [٢]علي عليه السلام بذلك، ومثله توقيف قالوا : لا يصح عن علي عليه السلام وإن صح فاجتهاد مستند إلى فهم تعميم الإذن للعبد بدليل قوله هل كنت تبعث عبدك، والظاهر في كان يفعل وكنت أفعل التكرر

(أ) **قوله:** لنفسه، أقول: زاد هذا القيد في "الأثمار" قال شارحه: احتراز عما إذا أذن بالشراء للغير أو سكت عنه، فإن ذلك لا يكون أذناً فيمن عداه ولا يكون منه إجازة لأنه عقد لغيره، وعبارة الأزهار توهم أن مثل ذلك يكون إذناً وإجازة.

(ب) **قوله:** ولو أذن له في بيع خاص، أقول: هذا بيان لمفهوم شراء وفي شرح الفتح وقد أفهمت العبارة أنه إذا كان ذلك في بيع أي شيء لم يكن إذناً في بيع غيره.

قلت: ولم يذكروا بين البيع في أنه لا يعم وبين الشراء في أنه يعم فرقاً [٥٢٦/٣].

(ج) **قوله:** لنا قضاء علي عليه السلام.. إلخ، أقول: لفظه في "الغيث" أنه أتى إلى علي عليه السلام رجل فقال: إن ابني قد اشترى شيئاً فرددته، فقال: هل كنت تبعثه يشتري لك لحماً قال: نعم، قال: قد أجزت عليه شراءه.

قلت: ولا دليل فيه على أنه غير مكلف، وقد ربما يقال أن الشيء المبهم فيه هو اللحم بدليل قوله هل كنت تبعثه يشتري لك لحماً إذ لا وجه لتخصيصه إلا أن السياق فيه، فإن تم هذا لم يتم ما استدل به عليه.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٢) .

(٢) انظر : " الروض النضير " (٣ / ٦١٠) .

المستلزم للاعتياد الذي(أ) هو معنى التعميم ولا نزاع في كونه يصير مأذوناً بالإذن العام، قلنا(ب): سكوته على شراء خاص كسكوت الشفيع على تصرف المشتري، قالوا: السكوت مبطل مع عدم التصرف لأنه دليل الإضراب المبطل بنفسه بخلاف نقل الملك فإنه لا ينتقل بسكوت المالك، وإلا لكان السكوت على بيع الفضولي إجازة، ولا قائل به، ولو سلم فغايته الإذن بما وقع فيه التصرف فكيف يصح فيه التعميم، قلنا: يصير من الخصوص المراد به العموم بالقرينة، قالوا: إنما ثبت في الأولى بالأولوية كلا ﴿تقل لهما أف﴾[1] وفي المساوي بعلم عدم الفارق كما في إلحاق العبد بالأمة والعكس، ولا كذلك ما نحن فيه فإن

(أ) **قوله:** الذي هو معنى التعميم، أقول: كأنه يقول دل الفعل المضارع فيه على الاستمرار كما قاله المحقق سعد الدين في شرح الشرح، فإنه قال: والتحقيق أن المفيد للاستمرار هو الفعل المضارع وكان للدلالة على مضي ذلك المعنى، فقول علي عليه السلام أكنت تبعثه يشتري لك لحماً؟ دال على أن التكرار الذي هو معاودة الفعل ولو خاصاً مثل كان يصلى قبل الظهر أربعاً كان يقبل بعض نسائه، ويدل الأثر على تكرر بعثه ليشتري لحماً ولا تعميم فيه لغيره، فحينئذ إمضاؤه عليه شراء الولد لغير اللحم ليس لما استفيد من التعميم باللفظ، بل لأنه صار بإذنه له في الخاص مأذوناً في كل شيء مما ذكر وهو مراد المصنف بالاستدلال، وعلل أهل المذهب التعميم بأنه فك حجر فلا يختص، وأثر علي عليه السلام في الولد كما ترى، والشارح عبر عنه بالعبد وليس كذلك.

(ب) **قوله:** قلنا سكوته، أقول: هذا الاستدلال للمسألة الثانية وهو كون السكوت إذناً، وقد خالف في ذلك المؤيد مذهباً وتخريجاً، ومثله الحنفية وتقدم الكلام في ذلك، والأقرب ما ذكره الشارح من أن السكوت يكون إذناً فيما وقع فيه التصرف ولا يعم، وأما قوله: قلنا يصير من الخصوص، المراد به العموم فلا يخفاك أن الخصوص والعموم من صفات الألفاظ، وليس هنا لفظ يتصف بهما بل سكوت وبه تعرف بطلان قوله، قالوا: إنما يثبت.. إلخ، فإنه ليس هنا لفظ يكون له أولوية أو مساواة.

---

(١) [سورة الإسراء : ٢٣] .

من أذن لعبده في شراء الباقلا لم يصر[أ] إذناً له بشراء الخيل، وربما يتوهم أن التعميم، [إنما][1] يتمشى على رأي بعض الحنفية والحنابلة في أن الخطاب[ب] لواحد يعم عرفاً وليس بشيء، لأن ذلك إنما يتم في المحكوم عليه بإلغاء الفارق لاتحاد التكليف، وإن تعدد المكلف لا في المحكوم فيه لتفاوت أحكامه بتفاوته (**و**) كذا يصير بالإذن في شراء أي شيء مأذوناً في (**بيع ما شرى**) وبيع فوائده وتأجيره أيضاً، وإما قوله: (**أو عومل ببيعه**) فعبارة[ج] منغلقة معناها أنه يصير مأذوناً في تأجير نفسه (**لا**) إنه بالإذن في شراء [أي][1]

(أ) **قوله:** لم يصر مأذوناً بشراء الخيل، أقول: هذا لا يرد عليهم فإنه يأتي قريباً أنه يصير مأذوناً فيما جرى به العرف، والعرف لم يجر بأن من أذن له بشراء الباقلا صار مأذوناً له في شراء الخيل، ولذا قال أبو العباس[2]: ونعم ما قال أنه إن أذن له في شيء من مال التجارة كان إذناً عاماً، وإن كان في غيرها مثل ثوب ولحم كان خاصاً.

قلت: ودليله أن العرف إنما ينطلق على ذلك.

(ب) **قوله:** إن الخطاب لواحد يعم عرفاً، أقول: توهم هذا هنا في غاية البعد، فإنه واضح أن خلافهم في المحكوم عليه كما قال الشارح في شرح الفصول معللاً لهم، فما قالوه من التعميم لأن عرف الشارع قاض في الأغلب بعدم التفرقة في المحكوم عليه، فذلك يفهم بالعرف لا بالقياس، انتهى. إلا أنه لا يخفاك أنه خالف تعليله هنا حيث جعله من القياس بإلغاء الفارق ولا ضير في تعدد العلل.

(ج) **قوله:** فعبارة منغلقة، أقول: هي كما قال وعدل عنها الأثمار فقال: صار مأذوناً في شراء كل شيء وبيع ما شرى أو إجارته نفسه، قال شارحه كما يجوز له بيع ما شرى يجوز له تأجيره؛ لأن التأجير أخف حكماً من البيع، وكذا [لا][1] يجوز ويصح حينئذ تأجير العبد نفسه، وكذا الصبي المميز ونحوه، وذلك يدخل تحت قوله في الأزهار أو عومل ببيعه وإن لم يكن صريحاً. وفي شرح الفتح: واعلم أن دخول إجارة نفسه هو مفهوم الأزهار حيث قال: أو عومل ببيعه وهو الذي ذكره

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر نصا في " شرح الأزهار " (٦ / ٤٤٥) .

شيء مخصوص يصير مأذوناً في (**غير ذلك**) الذي استلزم[أ] الإذن في الخاص الإذن فيه فلا يكون مأذوناً في غيره (**إلا**) أن يتصرف فيه (**بخاص**) من الإذن (**كبيع نفسه ومال سيده**) الذي منه نفسه أيضاً، إلا أن منع استلزام الإذن في خاص كبيع منفعة نفسه

أبو مضر [1]والفقيه ابن سليمان وحمل عليه كلام اللمع، واختاره المؤلف لأنه لما صار مأذوناً باستهلاك منافع نفسه بغير عوض فأولى بعوض، وقيل لا يصير الإذن بالتجارة إذناً في إجارة نفسه؛ لأن منافعه بعضها و[هو][2] لا يجوز بيع نفسه ولا بعضها، انتهى. ولانغلاق العبارة، قال في حواشي الشرح حاملاً له في غير ما صرح به المصنف في الغيث فإنه صرح بما ذكره الشارح من المراد، وفي الحواشي يعني أن المراد بها أن يصير مأذوناً بها فيما عومل لسبب بيعه، وصورة ذلك أن يرى رجل عبد لغيره يبيع ويشتري فأقرضه شيئاً مستنداً إلى رؤيته يبيع ويشتري فقط، فيكون حكم هذا القرض حكم دين المعاملة.

(أ) **قوله:** الذي استلزم الإذن في الخاص، أقول: الذي في "الغيث" تفسيره بغير ذلك بقوله الذي قدمناه فليس له أن يبيع شيئاً لم يشتره ولا عومل ببيعه ولا أن يبيع العبد نفسه ولا مال سيده، وكذا ليس له أن يؤجر غير نفسه ولا غير ما شراه، ولا يؤجر العبد مال سيده، ولا الصبي ونحوه مال نفسه، انتهى، وبهذا تعرف أن اسم الإشارة في قول المصنف لا غير ذلك عائد إلى قوله وبيع ما شرى أو عومل ببيعه وإن قوله لا غير ذلك عطف عليه، والشارح جعله معطوفاً على قوله صار مأذوناً، وجعل اسم الإشارة إلى ما يستلزمه الإذن وهو غير مرادهم، وأيضاً فهو بعيد عن العبارة فإنه عطف على الأبعد مع وجود الأقرب، ولا يقال قد تقرر في علوم الآلة أنه يجوز العطف على القريب لقربه وعلى البعيد لأصالته، لأنا نقول ذلك حيث لا يختلف المعنى بالعطف على أي الأمرين، ثم جعل الإشارة لما تستلزمه العبارة مع وجود المشار إليه في اللفظ على تفسير غيره خلاف الأصل .

على أن قول المصنف إلا بخاص كبيع نفسه مناد أيضاً على أنه عطف على بيع ما شراه والإشارة إليه.

---

(١) قال أبو مضر والفقيه محمد بن سليمان : بل هو على ظاهره وله أن يؤجر نفسه .
" شرح الأزهار " (٦ / ٤٤٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

مع كونها مال السيد دون بيع نفسه ومال سيده لغير ما ذكر استلزامه له مما يفتقر إلى فارق ولا فرق[أ] بين بيع المنافع وبين بيع الأعيان إلا التخيل.

فصل

(***وللمأذون***) بعد صحة كونه مأذوناً باللفظ[ب] العام أو بالاستلزام كما فصل الآن (***كل تصرف جرى العرف لمثله بمثله***) لما عرفت من كون العادة قيداً للمطلقات لأنها قرينة للمجاز، والمجاز[1] مع قرينته أظهر من حقيقته كما حققناه[ج] في شرح الفصول (***و***) .

(أ) **قوله:** ولا فرق بين بيع المنافع وبيع الأعيان، أقول: يريد أنهم قالوا صار بالإذن مأذوناً في تأجير نفسه وهو منفعة، ولا يصير مأذوناً في بيع نفسه، ولا فرق بين الأمرين إلا التخيل.

قلت: ولا يخفى أن الفرق العرف، فإنه معلوم أن من أذن لعبده في التجارة وتأجير نفسه أنه لا ينطلق ولا يدخل تحت الإذن بيع نفسه ولا مرية في ذلك.

هذا، وقد سلف في الحاشية أن بعضهم قال: لا يدخل تأجير نفسه تحت الإذن لما ذكر وعلله بأن منافعه بعضه ولا يصح بيع نفسه ولا بعضها.

فائدة : في شرح الأثمار فرع ويعتبر في الإذن للعبد والمميز أن يعلما بالإذن لأنه توكيل لهما، فإن تصرفا من غير علم بالإذن كان تصرفهما موقوفاً على الإجازة كغيرهما.

فصل وللمأذون فيه كل تصرف:

(ب) **قوله:** باللفظ العام أو بالاستلزام، أقول: الذي في الأزهار في الفصل الأول إنما هو فيما كان بالاستلزام، ولكن الحكم واحد فيهما .

(ج) **قوله:** كما حققناه في " شرح الفصول" ، أقول: في شرحه عليه عند قول الفصول وليس من

---

(1) انظر : " البحر المحيط " (٢ / ١٩٣ – ١٩٥) " شرح الكوكب المنير " (١ / ١٥٧ – ١٥٨) .

اعلم أن ما لزم العبد قسمان: دين[أ] معاملة ودين جناية، أما دين المعاملة فإن (**مما لزمه**) برضا من حق ثبت (**بمعاملة**) دخل فيها برضا أربابها (**فدين يتعلق برقبته وما في يده**)[ب] ....

ذلك ما نقله عرف اللغة إلخ لأن الحقيقة العرفية[2] إنما وقع الاتفاق على التخصيص[3] بها لظهور الاسم في المتعارف، والظهور غير منحصر في الحقيقة، ولهذا يصرف الاسم عن المعنى الحقيقي إلى المجازي، وما نحن فيه من ذلك القبيل فإن غلبة المباشرة للبعض وإن لم توجب غلبة الاسم فقد أوجبت صرفه إلى بعض مسماه كما في قوله تعالى فعقروا الناقة وقتلهم الأنبياء بأن مباشرة العقر والقتل لما لم يكن في العادة إلا من البعض انصرف العموم إليه والصرف إلى البعض، هو معنى التخصيص وقرينة المجاز لا يجب أن تكون لفظية بل قد تكون لفظية وعادية وعقلية، انتهى بلفظه من خطه.

فهنا القرينة عادية وكلامه هنالك وإن كان في تخصيص العام، وهنا في تقييد المطلق إلا أن البابين متقاربان إلا أنه لا يخفى أنه ليس هنا أي في باب المأذون بالنظر إلى ما سلف من قول المصنف لفظ عام ولا مطلق بل استلزم الإذن في الخاص عموم الإذن، فالتقييد والتخصيص لعموم مستلزم.

(أ) **قوله:** دين معاملة، أقول: هو ما ثبت برضا أربابه وإذن مولاه.

(ب) **قال:** وما في يده، أقول: في "الغيث" فإن قلت ما المراد بقولهم ما في يده هل يعنون به وما في يده من مال السيد بشرط أن يكون سيده قد أذن له في التصرف فهذا يستقيم، لكن يقال ما العلة

---

(1) " البيان " للعمراني (٥ / ٢٨٥) .

(2) الحقيقة العرفية : هي اللفظة المنتقلة عن معناها إلى غيره بعرف الاستعمال العام أو الخاص .

فالعامة : هي أن يختص تخصيصها بطائفة دون أخرى (كدابة) فإن وضعها بأصل اللغة لكل مايدب على الأرض من ذي حافر وغيره ، ثم هجر الوضع الأول وصارت في العرف حقيقة (للفرس) ولكل ذات حافر .

والخاصة هي ماخصته كل طائفة من الأسماء بشيء من مصطلحاتهم كمبتدأ وخبروفاعل ومفعول – في اصطلاح النحاة. انظر : " الإحكام " للآمدي (١ / ٥٣) " البحر المحيط " (٢ / ١٥٨ – ١٥٩) .

(3) انظر : " البحر المحيط " (٣ / ٣٩٢) " المحصول " (٣ / ١٣١ – ١٣٢) .

وقال الشافعي[1](أ) بذمته كالمحجور [٥٢٧/٣] قلنا: الإذن تغرير من السيد، قالوا: فيتعلق بمال السيد كما قال أحمد[1] لأنه صار وكيلاً والسيد كفيلاً، قلنا(ب): الإذن إطلاق

في تعلق الدين به، هل كونه في يده أو كونه مأذوناً في التصرف فيه أو مجموعهما؟ إن قلتم: العلة كونه في يده بإذن مولاه لزمكم لو استحفظ مولاه معه مالاً يتصرف فيه أن يتعلق به دين العبد، وإن قلتم: العلة كونه مأذوناً بالتصرف فيه لزمكم أن يتعلق دينه بما قد أذن فيه ولو لم يكن قد صار في يده، وإن قلتم: مجموعهما، قلنا: إذا كان لا بد أن يكون مأذوناً بالتصرف فما وجه اشتراط أن يكون في يده [٥٢٧/٣].

قلت: هذا السؤال يرد على كلام المؤيد من أن الدين يتعلق بما في يده من مال سيده، وأما على قول أبي العباس[2] أن المراد بما في يده مما استدانه العبد أو كسبه من أموال الناس إلى مال سيده فهذا السؤال لا يرد عليه، فالواجب القضاء منه سواء كان في يده أو في يد سيده لأن سيده كالوديع له.

(أ) **قوله:** وقال الشافعي بذمته، أقول: في الإرشاد وشرحه الإمداد أنه يتعلق ديتها بكسبه قبل حجر عليه، وبتجارته وذمته حيث يفي الكسب، ومال التجارة بالدين، فهذا الذي نقله الشارح تقصير ومثله في الغيث.

(ب) **قوله:** الإذن إطلاق حجر لا توكيل، أقول: مثله في "البحر"[3]، وقال عليه "المنار"[4] العبد غير مالك لمال سيده، فما معنى الحجر لمال لم يملك فما هو إلا وكيل، فقول أحمد أقرب بهذا الاعتبار والشافعي نظر إلى أنه كالأجنبي فتصرفه كتصرفه، ويرد عليه أن تصرف الأجنبي لا ينفذ إلا بولاية تعود إلى المالك، ومذهب المصنف كالصلح إذا توسط بين الطرفين لكن تعين تعلق الدين برقبته، وما في يده من بين سائر أملاك السيد تخصيص بلا مخصص، واضح وهو إلى قول أحمد أقرب إذ لم يفارقه

---

(١) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٣٤٨) .

(٢) انظر " شرح الأزهار " (٣ / ٤٥٠) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٤) .

(٤) (٢ / ١٣ - ١٤) .

حجر لا توكيل، قالوا: بل هو معناه إذ أقل أحواله أن يكون كالإجازة، وهي توجب تعلق الثمن بمال المجيز اتفاقاً على أن في معنى التعلق برقبته وما في يده بحثاً وهو أن التعلق بهما أن كان مراد به ملك الغرماء[أ] فلا وجه لقوله (***فيسلمهما المالك أو قيمتهما***) لأنهما إذا تعينا فلا وجه للتخيير في المعين، ولا لقوله أيضاً (***ولهم استسعاؤه إن لم يفده***) لأن ملك الرقبة ملك لمنافعها دائماً، والمراد من استسعائه رجوع[ب] الرقبة للمالك بعد الوفاء، وإن لم يكن المراد ملك الغرماء لهما فليس بعدهما إلا تخيير المالك بين الإيفاء أو تسليمهما للاستغلال أو بقاء الدين في ذمة العبد، ولا يكون للتخيير[1] في القيمة وجه أيضاً.

إلا بالتعيين المذكور، وما في ذمة السيد وماله فمتقاربان، وأبعدها مذهب الشافعي، أو الشارح قد جنح إلى مذهب أحمد كما ترى إلا، أن قول "المنار"[2] العبد غير مالك لمال السيد مبني على أن المراد أنه فك حجر عن مال السيد، والمراد حجره عن منافع نفسه، فإنه ليس له التصرف فيها إلا بإذن سيده.

(أ) **قوله:** ملك الغرماء، أقول: هو غير المراد، بل إنما صار حقاً يتعلق بهما والسيد أولى بهما إن أراد ذلك، كبيع ما خلفه المستغرق دينه من الأعيان فإن ورثته أولى بها بالقيمة إن أرادوا أخذها.

(ب) **قوله:** رجوع الرقبة للمالك، أقول: ليس هذا معنى الاستسعاء بل هو طلب السعي من العبد ليفك رقبته مما يحصله سعيه فإن أوفى رجعت منافعه لمولاه، وأما الرقبة فلم تكن قد خرجت عن ملكه حتى يقال برجوعها.

---

(١) انظره مفصلاً في " المغني " (٦ / ٣٤٩ - ٣٥١) .

(٢) (٢ / ١٣) .

(قيل[أ]) ولا يجب على السيد أن يفدي إلا بالأقل من القيمة أو الدين لا كدين الجناية، وقيل أن حقهم لما تعلق بعين تعلق بها ولمنافعها فلهم الاستيفاء من أيهما فيفديها بالوفاء، ولكنه يأباه قوله في دين الجناية[1] عكس[ب] المعاملة، فلو قال هنا يتعلق بقيمته وما

(أ) **قولـه:** قيل ولا يجب على السيد.. إلخ، أقول: في "الفتح "[2]إنه لا يفتديه السيد إلا بالأقل من قيمته أو الدين، والزايد على القيمة من الدين يكون في ذمة العبد هكذا (هذا) ما تقرر للمذهب وصرح به المؤلف وهو الذي ينبغي أن يحمل عليه [كلام][3] الأزهار كما قد شرح الإمام به كثيراً من ألفاظه كقوله وبه الأوفى منها ومن الثمن، وهو مبني على أن القيمة زايدة على الثمن كما قد صرح به وصرح به أيضاً في قوله ويستويان في دين المعاملة إلا إلى قدر القيمة ٠

بل قد قيل إنه عبر بالثمن عنها وهو الذي يحمل عليه سائر كلمات أهل المذهب وغيرهم الموهمة حتى يتناسب الكلام، وقد ذكره في كتر الحنفية وإن كان في الغيث وسائر شروح الأزهار على قوله ولهم استسعاؤه أن السعاية في الدين بإلغاء ما بلغ فهو محمول على ما تقدم في قوله في الأزهار يتعلق برقبته وما في يده، فيسلمهما أو قيمتهما من أن ذلك الموهم إنما هو حيث ترك السيد العبد رأساً، وبذله للغرماء وأضرب عنه، ولذا أن الإمامين نظّرا قول الفقيه أنه يلزم الدين بالغاء ما بلغ، وإن كان مروياً عن الناصر وأبي العباس [4]وأبي حنيفة، فهو محمول على قول من تقدم، انتهى. وبه تعرف أن كلام القيل عليه عند أهل المذهب التعويل.

(ب) **قولـه:** عكس المعاملة، أقول: لأنه من لوازم الجناية وأحكامها ولزوم الأرش بالغاً ما بلغ، فلو قلنا بذلك هنا بطل قوله عكس المعاملة، ولك أن تقول: إنه عكسها في غير هذا الحكم، إلا أنه لا يصح لتصريحه أنه لا يجب في دين المعاملة أكثر من قدر القيمة بخلاف أرش الجناية فيجب بالغاً ما بلغ.

---

(١) انظر " المغني " (٦ / ٣٤٩ – ٣٥٠) ٠

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٥٠) ٠

(٣) زيادة من نسخة أخرى ٠

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٣ – ٣٠٤) ٠

(٥) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ١٦٩ – ١٧٠) ٠

في يده لانحل[أ] البحث الأول إلا أن الفرق بين تعلق الدينين بما ذكر محل نظر، والقياس فيهما التعلق بالرقبة لأن العبد مال كالبهيمة، ألا ترى أنه إذا انتقل حقهم إلى البهيمة التي في يده وجب على السيد تسليمها أو إيفاؤهم، وإلا لم يبق للتعلق بما في يده فائدة، بل كان القياس التعلق بقيمة ما في يده .

(**فإن هلك**) العبد قبل قضاء الدين (**لم يضمنه**) السيد بناء على أنهم استحقوا رقبة العبد فتلف من مالهم، إلا أن هذا ينافي تقييد الفداء بالأقل من القيمة أو الدين، لأن ذلك إنما يتمشى على تقدير بقاء العبد في ملك السيد، وإلا كان الخيار للمالكين (**ولو**) ملكوه[ب] لضمن السيد قيمته إذا هلك (**بعد تمرده**) عن تسليمه لأنه غاصب كما ذكره السيد يحيى[1] فقد بان أنه لا بد من القول بضمان السيد أن تعلق حقهم برقبة العبد وتمرد السيد عن تسليمها أو الرجوع إلى قول الشافعي أن حقهم متعلق بذمته، وتنظير المصنف على السيد يحيى بقوله أنه مخالف لنص أصحابنا كلام لا وجه له لأن[ج] الإمام يحيى

(أ) **قوله:** لا نحل البحث الأول، أقول: هو الترديد الذي أسلفه، وينظر لم لا ينحل لو أبدلت الرقبة بالقيمة.

(ب) **قوله:** ولو ملكوه، أقول: قدر المحذوف على ما يقتضيه كلامه، واختياره لا سياق المصنف وتقديره فإنه قال: ولو كان قد طولب بتسليمه فتمرد ثم هلك بعد تمرده.

(ج) **قوله:** لأن الإمام يحيى، أقول: هو تعليل لكون تنظير المصنف لا وجه له، فإن الإمام يحيى قد قال هو غاصب وهو من الأصحاب، ولا يخفاك أن مراد المصنف بالأصحاب أهل المذهب، والإمام يحيى ليس منهم فإنه مجتهد يخالفهم كثيراً.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٤) " شرح الأزهار " (٦ / ٤٥٢) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٥٢) .

مصرح بكونه غاصباً، ولأن المحذور إنما هو مخالفة الحق لا مخالفة[أ] الأصحاب.

هذا أن هلك بغير استهلاك السيد (**وإن استهلكه**) السيد عالماً (**فبغير البيع**) من قتل أو وقف أو عتق (**لزمته القيمة**) لأنه أتلفها وبدلها وهو العين على الغرماء، وقد تعلق حقهم بأحدهما وقد تعذرت العين فتعينت القيمة، إلا أن هذا لا يتمشى إلا على التخيير الذي قدمنا البحث فيه ليكون الوقف والعتق اختياراً لتسليم القيمة، أو على تعيين القيمة للتعلق كما هو الصواب (**وبه**) أي وإن استهلكه بالبيع لزمه للغرماء القدر (**الأوفى منها**) أي من القيمة (**ومن الثمن**) الذي قبضه من المشتري له منه، إلا أنه لا وجه لتسليم زائد الثمن لأن[ب] حقهم إنما هو في الرقبة أو قيمتها (**ولهم النقض**) للبيع[ج] (**أن فوته**) أي الثمن حال كونه (**معسراً**) بإبداله لهم إلا أن هذا لا يتمشى إلا على أن المراد بالتعلق برقبة العبد ملكهم لها ليصح لهم نقضه وإلا فلا وجه لنقض بيع

(أ) **قوله:** لا مخالفة الأصحاب، أقول: إن كان السيد يحي متكلماً عن الأصحاب كانت مخالفتهم محذورة، لأنه نقل عنهم ما لم يقولوه، وإن كان متكلماً عن الدليل والاجتهاد فلا محذور في مخالفه الأصحاب، إلا أن قول المصنف أنه خالف نص الأصحاب يدل أنه متكلم عنهم، وقد صرح بأنه عن المذهب في شرح البحر.

(ب) **قوله:** لأن حقهم في الرقبة أو قيمتها، أقول: قد تنبه الأثمار لهذا فحول العبارة إلى قوله فإن استهلك لزمته القيمة، قال شارحه وإنما عدل عن قوله في الأزهار فبغير البيع لزمته القيمة وبه الأوفى منها، ومن الثمن فإن استهلكه لزمته القيمة.. إلخ، لأن عبارة الأزهار توهم أنه إن استهلكه بالبيع تعين عليه الأكثر من القيمة والثمن، ولو كان الأكثر هو الثمن وليس كذلك، وإنما يكون لهم قدر القيمة فقط كما صححه المؤلف.

(ج) **قوله:** للبيع، أقول: عبارة الأثمار ولهم نقض ما ينقض، قال شارحه كالبيع والهبة والكتابة قبل إيفاء مالها والتدبير قبل موت السيد لتعلق دينهم برقبته، فتكون تلك التصرفات موقوفة على أذن الغرماء أو استيفائهم، انتهى. وبه يندفع قول الشارح بيع صدر من أهله فإنه لا أهلية مع كون تصرفه موقوفاً فيندفع قوله لا يتمشى.. إلخ.

صدر من أهله إلى محله؛ وغايته أن يكون ثبت لهم القيمة فغصبها وأفلس وليس في مثل ذلك إلا بقاؤها في ذمته .

(**و**) أما[أ] دين الجناية فهو ما لزم العبد مأذوناً أو غير مأذون (**بغصب** [٥٢٨/٣] **أو تدليس**[١]) بأنه مأذون لأن كلا الأمرين (**جناية**) على أهل المال، وإنما (**يعلق برقبته فقط**)[ب] دون ما في يده للسيد لأنه لا غرر من السيد بالإذن فيكون هو السبب الضامن، وإذا لم يتعلق دين الجناية إلا برقبته (**فيسلمها**) المالك (**أو كل الأرش**) وكان القياس [هنا][٢] أن يسلم هنا الأقل من القيمة أو الدين إذ لا سبب منه

(أ) **قوله**: وأما دين الجناية، أقول: عطف على قوله أما دين المعاملة وضبط المصنف دين الجناية بأنه ما أخذه العبد غصباً أو بتدليس الإذن، وبقي قسم ثالث وهو ما أخذه برضى أربابه من غير إذن، فهذا ليس بدين جناية ولا معاملة بل دين يطالب به إذا عتق كما يأتي [٥٢٨/٣].

(ب) **قوله**: دون ما في يده للسيد. أقول:لا وجه للتقييد بالسيد فقد تقدم أن المراد بما في يده ما كسبه واستدانه لا ما سلمه إليه سيده كما قاله أبو العباس وقال المؤيد[٣] بل بما في يده مطلقاً ولو سيده.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧٧) : -

وأما قوله : " وبغصب أو تدليس إلخ " فهذان قد أوجبا تعلق ضمان ما جناه أو دلسه برقبته ولكن لا فرق بينهما وبين ما أخذه برضا أربابه معاملة ثم أتلفه فإن الكل قد انتهى إلى التعلق برقبته كما قدمنا ، وعند التعلق برقبته يصير أهل الدين أولى به من سيده ، فإن قلت ملك السيد لرقبة العبد متيقن فكيف لم يكن أولى بالتخيير له بين تسليمه أو قيميته في الطرف الأول وبين تسليمه أو كل الأرش في هذا الطرف قلت : هذه الأولوية قد ارتفعت بما تعلق برقبة العبد بسبب جنايته على مال الغير فصار أرباب الأموال محكمين فيها ، وقد يكون الغرض لهم بالرقبة أتم وأكمل ، فليس للسيد أن يمنعهم من ذلك وأما كون ملكه متيقناً فقد تعقبه استحقاق الغير لها بدينه ، وإلا فلا معنى للتعلق بالرقبة ن وبهذا تعرف أن الخيار لايكون للسيد لما قدمنا ، ولا لأهل الدين لأنهم لا يستحقون إلا رقبة العبد ، وليس لهم المطالبة بقيمتها ولا بكل الأرش ، وتعرف أنه لا وجه لقوله ويلزم الصغير وعكس المعاملة لما قررناه من أن الكل جناية ولا فائدة في قوله " وغرماؤه أولى به من غرماء مولاه " لأن رقبته قد خرجت عن ملك مولاه .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٤) .

وفي دين المعاملة يسلم الرقبة أو كل الدين لتسببه فيه بالإذن، ولا يقال إنهم غلظوا عليه هنا لسبب الجناية، لأن التغليظ عليه ظلم لا وجه له حيث لا تسبب منه في الجناية ولا مباشرة، وسيأتي لذلك زيادة تحقيق في الجنايات إن شاء الله تعالى.

(**والخيار له**) في أحد الأمرين لا إلى المجني عليه.

(**ويتعين**)[أ] الأرش دون الرقبة (**إن اختارها**) السيد بمعنى أنه لا يصح له الرجوع إلى اختيار تسليم الرقبة (**أو**) يتعين (**كل الأرش**) أيضاً.

(**إن استهلكها** [1]) ببيع أو عتق أو نحوهما لكنه لا يتعين الأرش بالاستهلاك إلا إذا استهلكها (**عالماً**) أن العبد قد جنى، أما لو جهل حال الاستهلاك جناية العبد لم يلزمه إلا قيمته وما زاد من الأرش بقي في ذمة العبد لكن[ب] البحث الماضي في دين المعاملة باق هنا.

(أ) **قوله:** ويتعين الأرش [2]دون الرقبة، أقول: أي كل الأرش إذ الكلام فيه فاللام للعهد ويؤيده قول الشارح أو يتعين كل الأرش أيضاً أن استهلكها، والحاصل أنه يتعين كل الأرش في محلين عند اختيار السيد الرقبة، وعند استهلاكها عالماً ولا يخفى قوة قول الشارح أنه كان يلزمه الأقل من القيمة أو الدين إذ لا سبب منه وهو في الصورة الأولى لا في الثانية فإن استهلاكه العبد بعد علمه بجنايته جناية منه على غرماء العبد توجب عليه كل الأرش.

(ب) **قوله:** لكن البحث الماضي في دين المعاملة يأتي هنا، أقول: يريد الذي أورده على التخيير وردده بين أمرين، وتقدم ردنا له وكان الأولى أن يقدمها في شرح قول المصنف فيسلمها أوكل الأرش كما لا يخفى.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٥٧) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٥٦) .

(**و**) أرش الجناية (**يلزم الصغير عكس المعاملة**) فإنها لا تتعلق بالرقبة فقط بل بها وبما في اليد كما تقدم، والتخيير هناك بين الرقبة وقيمتها لا بينها وبين الأرش، وقد عرفناك ما فيه ولا يتعين في دين المعاملة الأرش إن اختار الرقبة، بل يصح له الرجوع عن اختيار الرقبة، لكن لا وجه للفرق بينهما في هذا الحكم، لأن السبب المانع للتخيير فيهما واحد وهو الاختيار ودين المعاملة، لا يلزم الصغير غير المميز لأن من عامله فإنما أتي من جهة نفسه بوضع ماله في المضيعة.

(**و**) دين الجناية والمعاملة (**يستويان في ثمنه**) لأنهما حق للغير على السوية، إلا أن الثمن إذا زاد على القيمة اختص بالزيادة دين الجناية، حيث كان زأيداً على القيمة.

(**و**) العبد إذا كان عليه دين وعلى سيده دين لا مقابل له إلا العبد كان (**غرماؤه**) أي غرماء العبد (**أولى به من غرماء مولاه**) لأن دين المولى في الذمة ولا يتعين في العبد، ودين العبد متعين في رقبته، (**ومن عامل**) غير أهل[أ] للمعاملة صبياً كان أو مجنوناً أو عبداً (**محجوراً عالماً** [1]) بعدم أهليته (**أو جاهلاً لا لتغرير**) من العاقل المحجور بالإذن إذ لو كان بتغرير كان دين جناية كما تقدم (**لم يضمن**) العبد

(أ) **قوله:** ومن عامل غير أهل للمعاملة.. إلخ، أقول: عمم المعاملة ليعم الصبي والمجنون والعبد، والمصنف قال في تفسيره: ومن عامل عبداً محجوراً.. إلخ، وهي أولى لأن من عامل صبياً أو مجنوناً فقد جنى عل نفسه، فحكمه واضح ولا ضمان عليه في حال ولا مال بخلاف العبد العاقل فإنه يضمن في المال، وقال الشارح لم يضمن العبد العاقل، وعبارة المصنف لم يضمن الكبير وقد اضطربت نسخ الشرح هنا.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٧٨) :

إن كان هذا المحجور هو من لا يصح تصرفه لكونه صغيراً أو مجنوناً أو عبداً فلا شك أن المعامل له قد خاطر بماله، ووضعه في مضيعة ، وأما إذا كان محجوراً لثبوت ديون عليه مع كونه مكلفاً عاقلاً فلا يكون مجرد العلم بحجره مبطلاً لتعلق الضمان به ، بل يكون هذا المال من جملة ديونه ، ولصاحبه أُسْوته من ماله مادام المال في يده ، وإنما =

العاقل (*الكبير في الحال*) لأن المعامل أتي من جهة نفسه، وإما إذا عتق فله مطالبته وتضمينه، أما في الجاهل فظاهر، وإما في العالم بالحجر فكذلك إلا عند أبي العباس[1] فقال لأنه وضع ماله في مضيعه.

وأجاب المصنف بأن العبد الكبير مكلف بالحفظ لا الصغير، وهو تهافت لأن تسليمه له مع العلم بالحجر كالإباحة (**ولا**) يضمن (*الصغير*) والمجنون (**مطلقاً**) لا في الحال ولا بعد أهليته للمعاملة (*وإن أتلف*) لأن المعامل له وضع ماله في مضيعة.

فصل

(*ويرتفع الإذن بحجره العام*)[أ] لكل التصرفات إذ لو بقي مأذوناً في شيء لسرى الإذن كما تقدم إلى جميع ما عدا المحجور عنه الخاص .

(**و**) أما ارتفاع الحجر (**ببيعه ونحوه وعتقه**) فتسامح لأنه من باب ولا يرى الضب بها ينجحر كناية بنفي الملك عن نفي صحة الإذن إذ الإذن لا يكون إلا [٣/٥٢٩] من مالك، وقد ارتفع الملك بالبيع والعتق (**و**) ليس ذلك كنسبة ارتفاع الإذن إلى (*إباقه*) لأن الملك باق حينئذ، قال المصنف[ب] وإنما بطل الإذن لتعذر الإيفاء

فصل ويرتفع الإذن

(أ) **قال:** بحجره العام، أقول: زاد المصنف في " البحر "[2] أو حجر الحاكم لسيده إذ تصرفه فرع عن تصرف سيده.

(ب) **قوله:** قال المصنف، أقول: أي في "البحر"[2] وتمام كلامه كلو خرج عن ملكه.

= ذكرنا هذا لإطلاق عبارته فإنها تتناول الحر المكلف المحجور عليه لأجل ديونه بحجر الحاكم ، فإن كان مراد المصنف غير هذا فقد رفعنا ماتوهمه العبارة .

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٤ – ٣٠٥) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٤) .

من ثمنه وكسبه وهو تعليل ساقط لعدم[أ] التنافي بين بقاء الإذن وتعذر الإيفاء وإنما العلة[ب] كون الإذن مشروطاً في الحقيقة بطاعة السيد، كما أن حق الزوجة في النفقة مشروط بتمكينها نفسها، فإذا نشزت بطل المشروط ببطلان شرطه، وقال الشافعي[1] لا يبطل بالإباق وقياسه على بطلان نفقة الزوجة بالنشوز فاسد، لأن الإذن ليس حقاً له مشروطاً بالطاعة كنفقة الزوجة والسيد متمكن من رفع الإذن فترك رفعه إبقاء له .

(**و**) أما ارتفاعه بعروض (**غصبه**) فأبعد من الارتفاع بالأباق ولو ارتفع بالأباق والغصب لما كان لقوله (**حتى يعود**) وجه لأنهما إن كانا سببين لرفعه فوجود شيء بعد عدمه مما يفتقر[ج] إلى سبب متجدد، فلا معنى للحكم بعوده بلا سبب وإن كانا مانعين له مع بقائه فهو ما ذكره الشافعي لأن المانع لا يزيل المقتضي وإنما يمنعه عن مقتضاه مع بقائه كما تقرر عند أرباب المعقول .

(**و**) أما ارتفاع الإذن (**بموت سيده**) فلا شبهة فيه لانتقال ملك السيد كما في البيع والعتق (***والجاهل***) لارتفاع الحجر (***يستصحب الحال***) الأول من الإذن فثبت

(أ) **قولـه:** لعدم التنافي بين بقاء الإذن وتعذر الإيفاء، أقول: أي فائدة لبقاء إذن الآبق فإن فائدة الإذن صحة تصرفه فيما جرى به العرف وأي صحة لتصرفه بعد الأباق وتفويته منافع نفسه على سيده [تمت والحمد لله كثيراً][2].

(ب) **قولـه:** وإنما العلة، أقول: إن أراد عند المصنف فغير صحيح لأنه قد صرح بعلته وإن أراد عنده فيأتي له نقضها قريباً، وأما نفقة الزوجة بشرط التمكين فتقدم للشارح في كتاب النفقات منع ذلك.

(ج) **قولـه:** مما يفتقر إلى تجديد سبب أقول، نقل المصنف في الغيث عن الفقيه[3] أنه قال هذا يعني قولهم حتى يعود ضعيف، والصحيح أنه لا يعود الإذن لأن ما كان مستفاداً فإنه لا يعود إلا بتجديد.

---

(١) " البيان " للعمراني (٦ / ٢٣٣) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) انظر : " البحر الزخار " (٣ / ٣٠٥) .

معه أحكام الإذن المتقدمة (**وإذا**[أ] **وكل المأذون من يشتريه**) من سيده (**عتق في**) العقد (**الصحيح بالعقد وفي الفاسد بالقبض**) وأما الثمن فالسيد يطالب به الوكيل فيلزمه تسليمه من نفسه .

(**ويغرم**) العبد (**ما دفع**) الوكيل متى تمكن من الغرم وإلا بقي في ذمته، ولو كان العبد قد سلم للوكيل الثمن مما في يده لسيده لأنه إنما حمل إليه ماله هذا إذا كان نقداً، لأنه لا يتعين فيصح العقد، فإن كان العبد سلم للوكيل عرضاً من عروض سيده فعلى الخلاف في الشراء بالعين المغصوبة ولكن[ب] ادعى المصنف في الغيث الإجماع هنا على عدم الصحة[1] كأنه لما رأى عود المغصوب إلى مالكه كان البيع بلا ثمن، لأن الثمن لا يصح إبداله هنا لأنه متعين فليس هناك طريق إلا بطلان العقد.

وقال والدنا صلاح بن الجلال في "اللمعة" : بل هو موقوف على إجازة السيد، وقواه شيخنا.

(أ) **قوله:** وإذا وكل المأذون من يشتريه.. إلخ، أقول: تقدم أن المأذون له التصرف فيما جرى به العرف، ولا أظنه يتفق عرف في شيء من بلاد بأن الإذن له يدخل فيه بيع نفسه كما قد أشرنا إليه قريباً، ولو فرضنا أنه قال له السيد قد وكلتك ببيع نفسك لما شمل ذلك بيعه من نفسه، وإذا عرفت هذا عرفت عدم صحة ما تفرع عليه من توكيله ومن التفرقة بين النقد والعرض وبين المأذون والمحجور.

(ب) **قوله:** ولكن ادعى المصنف الإجماع في الغيث هنا على عدم الصحة، أقول: لفظه في الغيث فلو أنه دفع عرضاً وجعله الوكيل عن الثمن فهل يصح العقد الأقرب أنه لا يصح، ويحتمل أنه على الخلاف في الشراء بالعين المغصوبة هل باطل أم فاسد، انتهى. فلم يدع الإجماع كما قاله الشارح.

---

(1) " شرح الأزهار " (٦ / ٤٧٠ – ٤٧١) .

قلت: لأن الإجازة تصادف صحة ملك العبد فكان السيد ملكه العرض بعد عتقه غاية ما يلزم فيه دور المعية ولا محذور فيه (**و**) لكن يشكل على ذلك جعل (***الولاء للسيد***) لأنه إنما يستحقه لو دفع الثمن من كسبه حال ملك السيد له، أما والثمن ليس إلا من ملك الوكيل، وإنما رجع به على العبد بعد حريته فلا ولاء.

نعم، ربما يمكن القول بثبوت الولاء للوكيل على من يرى أنه يدخل في ملكه لحظة مختطفة ليصح تعلق الحقوق به.

(**و**) لهذا لو كان الموكل هو العبد (***المحجور***) لم يعتق إلا (***بإعتاق الوكيل إن شاء***) إعتاقه وإلا بقي له رقاً، لأن الوكالة باطلة، قالوا: لكن إذا بطلت اشترط في عتقه بإعتاق الوكيل أو استرقاقه أن لا يضيف الوكيل إلى العبد.

(**و**) على العبد أن (***يغرم ما دفع***) إلى الوكيل من مال سيده لكنه لا يجب عليه الغرم إلا إذا دفعه (***بعده***) أي بعد العتق لأنه حينئذٍ أهل للضمان، أما لو دفعه قبله فأمَّا قبل شراء الوكيل وهو حينئذٍ عبد للبائع ولا يثبت للسيد دين على عبده.

وأما بعده فلا غرم أيضاً لأنه إن وصل المدفوع إلى [٣/٥٣٠] يد مالكه فقد رجع الغصب إلى المالك، وبرئ الغاصب كائناً من كان، وإن لم يرجع بل أتلفه الوكيل فالغرم في الحقيقة على الوكيل، لأن العبد صار له ودفعه مال غير سيده جناية متعلقة برقبته يطالب بها مالكه لا هو (**و**) الوكيل إذا أعتقه كان (***الولاء له***) لأن الولاء للمعتق.



باب المرابحة

المرابحة(أ) كرهها ابن عباس (1) وابن عمر لأنها مظنة فوت الأمانة، ومنعها إسحاق

[**قولـه :** دون ما في يده للسيد ، أقول : لا وجه للتقييد بالسيد فقد تقدم أن المراد بما في يده مـا كسبه واستدانه لا ما سلمه إليه سيده كما قاله أبو العباس(2) وقال المؤيد بل بما في يده مطلقاً ولـو سيده](*) .

(أ) **باب المرابحة:** أقول: في " نهاية المجتهد"(3) أجمع جمهور العلماء أن البيع صنفان مساومة ومرابحة، وأن المرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي شرى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم.

وقوله: بيع المساومة وهو تسمية البائع قيمة ما يريد بيعه لمن يريد شراءه وجرت عـادة النـاس أن يذكر البائع في سومه زيادة على ما يريد به بيعه فيقول هو مثلاً بعشرة وفي نفسه إذا جاء خمسة مثلاً باعه بها .

وقد عقد ابن ماجة في سننه(4) باباً فقال: باب السوم ثم أخرج عن قيلة أم بني أنمار أنها قالـت: يـا رسول الله إني امرأة أبيع وأشتري، فإذا أردت أن ابتاع الشيء سميت أقل مما أريد ثم زدت حتى أبلغ الذي أريد، فإذا أردت أن أبيع الشيء سميت له أكثر من الذي أريد، ثم وضعت حتى أبلـغ الـذي أريد فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا تفعلي يا قيلـة إذا أردتِ أن تبتـاعي شـيئاً فاستامي به الذي تريدين أعطيت أو منعت، وإذا أردتِ أن تبيعي شيئاً فاستامي به الـذي تريـدين أعطيت أو منعت " ، انتهى. ورجاله ليس فيهم من لا يعتبر بروايته وهذا عند غالب النـاس مـن السنن المهجورة.

---

(1) انظر : " البيان " للعمراني (5 / 330) .

(2) " البحر الزخار " (3 / 503) . (*) زيادة من نسخة أخرى .

(3) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (3 / 406) بتحقيقي .

(4) (3 / 39 رقم الباب 29 / 29 ورقم الحديث 2204) .
وهو حديث ضعيف . والله أعلم .

لجهالة الثمن، وأجيب بمنع الجهالة لأنه منوط بأمر معروف متحقق كالشرط الحالي و (**هي نقل المبيع**) من ملك البائع إلى ملك المشتري (**بالثمن الأول**) الذي اشترى به البائع (**وزيادة**) مثل جزء معلوم منه مثل سدسه أو ربعه أو نحو ذلك (**ولو من غير جنسه**) بشرط أن يعلم عينه إن كان عرضاً أو مقداره إن كان نقداً (**أو**) تكون المرابحة في نقل (**بعضه**) أي بعض المبيع (**بحصته**) من الثمن (**وزيادة الربح**) كما لو اشترى البائع ثوبين ولم يتميز ثمن كل واحد منهما فرابح في أحدهما غير معين بحصته من الثمن، وقال أبو حنيفة[1] لا يصح، وقيل يصح إنْ تساويا وعُيِّن، قلنا: كما لو باع واحداً غير معين، وقد تقدم صحته غاية ما يلزم خيار التعيين كما تقدم.

ثم المرابحة تصح (**بلفظها**) نحو رابحتك (**أو لفظ البيع**) نحو بعت منك هذا برأس مالي وزيادة كذا ربحاً .

(**وشروطها**) ثلاثة :

الأول (**ذكر كمية الربح**) إن كان من المقادير وتعينه إن كان من غيرها (**و**) ذكر كمية (**رأس المال أو**) إن لم يذكرا فلا بد من (**معرفتهما**) أي البائع والمشتري

ثم ذكر ابن ماجة [2]باباً في بيع المزايدة وذكر حديث القدح والحلس وإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: " من يشتري هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً قال: أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه ". انتهى، فهذا ليس من السوم على السوم ولا من الصورة التي ورد بها حديث قيلة أم بني أنمار.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٤١٥ – ٤١٦) .

(٢) في " السنن " (٣ / ٣٥ – ٣٦ الباب رقم ٢٥ / ٢٥ الحديث رقم (٢١٩٨) .

قلت : وأخرجه أبو داود رقم (١٦٤١) والترمذي رقم (١٢١٨) كلهم من حديث أنس رضي الله عنه .
وهو حديث ضعيف .

(**أو أحدهما إياها**) أي كمية رأس المال وتكون المعرفة (**حالاً**) أي حال العقد لا بعده، وتعرف أيضاً (**تفصيلاً أو جملة فصلت من بعد**) العقد وأما حاله فلم يعلم إلا بمرجع للعلم محفوظ (**كبرقم صحيح يقرأ**) فيقول البائع بعت منك هذه السلع بأثمانها المرقومة في هذه الصحيفة الصحيحة المقروؤة .

(**و**) الشرط الثاني (**كون العقد الأول صحيحاً**) لأنه لو كان فاسداً لما ملك إلا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين.

قلت[أ]: لكن ملكه بالقيمة لا ينافي المرابحة بالثمن بعد جواز الدخول فيه والتصرف كيف شاء، وقد عرفناك أن ملكه بالقيمة إنما يتمشى على القول بحرمة الدخول فيه كما هو قول القاسم[1] .

(**و**) الشرط الثالث كون (**الثمن مثلياً**) لا يتفاوت لأن موضوعها على تحقق المساواة في الثمن ومعرفة الزيادة (**أو**) إذا لم يكن مثلياً بل (**قيمياً**) فلا بد من كونه قد

(أ) **قولـه:** قلت لكن ملكه بالقيمة، أقول: قد ذكر شارح "الأثمار" أن مؤلفه نظر إلى قولهم أنه لا يجري أي المرابحة إلا في الصحيح، لأن العلة التي ذكرها وهي اختلاف قيمته باختلاف المقومين جارية في المرابحة في بعض المبيع، وقد ذكروا أنها تصح الشفعة ولو كان الثمن قيمياً ولا يضر الاختلاف باختلاف المقومين .

واختيار مؤلف "الأثمار" جري المرابحة في غير الصحيح أيضاً كما أشار إليه الشارح وإن اختلف التعيين، وكذلك صحح المرابحة فيما إذا كان الثمن مثلياً لأنهم عللوا المنع منها بجهالة القيمة لاختلاف المقومين، وقد أبطلها كما عرفت ذلك.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٧) . " شرح الأزهار " (٦ / ٤٧٥) .

(**صار إلى المشتري**) المرابح (**ورابح به**) نفسه وإلا لم تتحقق المساواة لما عرفت[أ] من تفاوت القيميات.

(فصل)

(**و**) على البائع بالمرابحة أن (**يبين وجوباً تعيبه** [1]) إن كان قد حدث فيه معه عيب (**و**) كذا (**نقصه ورخصه وقدم عهده**) أي عهد شرائه له لأنه ربما شراه في القديم وقد تغير في الحال ثمنه (**وتأجيله**) لأنه ربما أوجب التأجيل زيادة في ثمنه (**و**) مثله (**شراه ممن يحابيه**) كل ذلك لئلا يغتر المشتري بزيادة ليست عليه ولا يرضى بها.

(أ) **قوله:** لما عرفت من تفاوت القيميات، أقول: في المسألة خلاف لأصحاب مالك[2] هل يجوز المرابحة فيها، وهل يجوز بالعروض أو بقيمتها، قال ابن القيم[3]: يجوز له أن يبيعها على ما اشتراها به من العروض ولا يجوز على القيمة [٣/٥٣١].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٨٢) :

هذا لازم لكل بائع بالسنة الثابتة كما قدمنا ذلك في خيار العيب ، وهكذا يجب عليه أن يبين نقصه وإلا كان من بيع الغرر كما تقدم .

وأما بيان رخصه وقدم عهده فوجه ذلك أنه قد يشتريه برخص أو في زمان قديم . والسعر لذلك الشيء رخيص وليس لوجوب ذكر مثل هذين وجه صحيح .

وهكذا بيان شرائه ممن يحابيه وتأجيله ، وأما كونه يحط ما حط عنه فصواب لأن ترك ذكر ذلك تغرير منه ، وأما كونها تكره المرابحة فيما اشتري بزائد رغبة فيه ، فلا وجه للحكم بهذه الكراهة ، وأما كونه يجوز ضم المؤن فصحيح لكن مع بيانه لمقدار المؤن بعد بيانه لمقدار رأس المال ، وإلا كان في ذلك غرر وأما كون الربح بين الشركاء حسب الملك فظاهر .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤١٠) .

(٣) " إعلام الموقعين " (٤ / ٤٣٠) .

(**و**) على البائع أيضاً أن (**يحط**) عن المشتري مرابحة (**ما حط عنه ولو**) لم يحصل الحط إلا (**بعد عقدها**) أي بعد المرابحة فإنه لا يضر عقدها على ما وقع عليه العقد الأول وإن كان غير مسلم [له][1] كله .

(**وتكره**) المرابحة (**فما اشترى بزايد رغبة**) هو كشرائه ممن يحابيه لاشتراكهما [٥٣١/٣] في أن الزيادة هوى، فإذا بين شراءه كذلك فلا كراهة (**ويجوز**) لبائع المرابحة (**ضم المؤن**) التي احتاج[أ] إليها المبيع معه إلى رأس المال فيقول لمشتري المرابحة قام عليَّ هذا بكذا وأريد ربحاً كذا.

فصل ويبين

(أ) **قوله:** التي احتاج إليها المبيع، أقول: في "الغيث" كالقصارة والخياطة والكرى وأجرة السمسار ولكن يقول قام علي بكذا وكذا ليكون أبعد من الكذب لا اشتريته، وقال مالك لا يجوز وإن بين. انتهى، قلت: في "نهاية المجتهد"[2] أن مذهب مالك فما ينوب السلعة زائداً على الثمن فيقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ في الربح، وقسم من رأس المال ولا يكون له حظ في الربح وقسم لا يعد من أصل الثمن ولا يكون له حظ في الربح، فالأول ما كان مؤثراً في الصنعة مثل الخياطة والصبغ، والثاني: مما لا يؤثر في عينها مما لا يمكن البائع توليته بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد، وكذا البيوت التي توضع فيها، والثالث ما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كطي الثياب ونحوها، وقال أبو حنيفة[3] يحمل على ثمن السلعة كلما نابه عليها، وقال أبو ثور[4] لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط، انتهى. وبه تعرف ما في نقل المصنف عن مالك ولو نسبه إلى أبي ثور لكان له وجه [تمت ولله جزيل الحمد وله المنة][1].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٠٩) .

(٣) " شرح فتح القدير " (٦ / ٤٥٩ - ٤٦٠) .

(٤) فقه الإمام أبي ثور (ص ٥٩١) .

واحترز بقوله (**غالباً**) عما أصلح به فساداً حدث في المبيع معه ولم ينقصه أو فداه به ممن كان غصبه أو نحو ذلك، إلا أنه لا يخفى أن هذا من حفظه كأجرة السمسار وكسوة العبد ونفقته فلا وجه لمنع ضمها من دون سائر المون والقياس منع المون كلها وإدراج قدرها في الربح لأن ذلك أسلم من الخيانة .

(***ومن أغفل ذكر الوزن اعتبر في***) وزن (***رأس المال بموضع الشراء وفي***) وزن (***الربح بموضعه***) أي موضع الربح .

(***و***) الربح (***هو بين الشركاء حسب الملك لا***) حسب (***الدفع***) بمعنى أنه لو شرى شريكان شيئاً ثم باعاه بعد إن دفع أحدهما كل ما عليه من الثمن والآخر لما يدفع إلا بعض ما عليه لا لتأجيل بل لتسامح أو تمرد فإن الربح على قدر الملك لا قدر الدفع .

(**وللكسر**) من رأس المال (**حصته**) من الربح، فلو قال وربحي العشرة اثني عشر كان للخمسة حصتها من ذلك الحساب.

تنبيه: ومثل المرابحة المخاسرة وهو أن يقول بعت منك ما شريته بعشرة بتسعة، أوخاسرتك العشرة تسعة وشروطها شروط المرابحة.

(فصل)

(**والتولية كالمرابحة إلا أنها بالثمن الأول فقط**) وتنعقد بلفظها كما تنعقد المرابحة والمخاسرة بلفظ رابحتك وخاسرتك (***ويجوز ضم المون كما مر والخيانة في عقدهما*** [1]) وعقد المخاسرة أيضاً بأن يسكت عما تقدم مما يجب أن يبينه (**توجب**[أ]

فصل والتولية

(أ) **قال:** توجب الخيار للمشتري، أقول: قال مالك [2] وجماعة الخيار هنا للمشتري إما بأن يأخذها بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح، وإن ألزمه لزمه، وقال أبو حنيفة[3]: وزفر [4] بل المشتري بالخيار على الإطلاق،قلت: وهو الذي في الأزهار، وقال الثوري[5] وابن[6] أبي ليلى وأحمد[7] وجماعة بل يبقى البيع لازماً لهما بعد الحط، فحجة من أوجب البيع بعد

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ١٣٥٢) :

هذا توسيع لدائرة أحكام الشرع بمجرد فاسد الرأي وزائف الاجتهاد والحاصل أن المرابحة والتولية بيع من بيوع الشرع ونوع مما أذن الله سبحانه به فإن تعرض البائع لذكر رأس ماله فلا بد أن يكون صادقاً في قوله وإلا كان ذلك من بيوع الغرر وإن لم يتعرض لذلك كفاه البيع الشرعي ، ولا يحتاج إلى ذكر شيء ولو كان الشراء بأحقر ثمن فالبائع هو الذي أوقع نفسه في هذا المضيق بتعرضه لذكر ما اشتراه به كما لو أوقع نفسه في مضيق وصفة بصفة كما تقدم في خيار فقد الصفة ، وأما كون الخيانة في عقدهما توجب الخيار في الباقي فصحيح لأنه يصير بالتعرض لذكر ذلك مع عدم المطابقة للواقع مغرراً مخادعاً خائناً ، وهكذا الخيانة في الثمن والمبيع فما كان باقياً رده ، وإذا تلف كله أو بعضه فله الرجوع بالأرش لأن ذلك غاية ما يمكن به استدراك خيانة الخائن ، ولا يبعد أن يقال إن الخيانة كشفت عن عدم حصول المناط الشرعي وهو التراضي فيكون البيع المصحوب بها باطلاً غير نافذ لعدم وجود المناط الشرعي ، فإذا تلف المبيع أو بعضه تلف من مال البائع الخائن .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤١١) .

(٣) " شرح فتح القدير " (٦ / ٤٦٢ – ٤٦٣) .

(٤) الإمام زفر وآراؤه الفقهية (٢ / ١٨٠) .

(٥) موسوعة فقه سفيان الثوري (ص ٢٢١) .

(٦) انظر : " بدائع الصنائع " (٥ / ٢٢٣) .

(٧) " المغني " (٦ / ٢٧٥) .

الخيار) للمشتري (**في**) المبيع (**الباقي**) الأرش في التالف أن جهل العيب وإلا فلا أيهما هذا حكم الخيانة بإخفاء العيب .

(**و**) أما الخيانة (**في الثمن**[أ]) فهي أن يكذب بدعوى زيادته على ما شراء به (**و**) في (**المبيع**) أن يستهلك بعضه ويدعي أن الباقي كله .

(**و**) أما الخيانة في (**المساومة**) فلا يتحقق[ب] لها مثال إلا الخيانة في الثمن أو في المبيع وهذه الخيانة (**كذلك**) أي كالخيانة في العقد إذ الكل يرجع إلى زيادة في الثمن أو

الحط للزيادة أن المشتري إنما رابحه على ما ابتاع به السلعة لا على غير ذلك، فلما ظهر خلاف الذي قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه أن يوفيه ذلك الكيل، وحجة من رأى أن له الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب أعني: كما أنه يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب ذلك.

(أ) **قال:** وفي الثمن، أقول: يعرف ذلك بإقراره وبإقامة البينة بأنه أقل مما رابح عليه، وأما إذا باع سلعة ثم أقام بينته أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة، فقال الشافعي: لا تسمع تلك البينة لأنه يكذبها، وقال مالك: تسمع منه ويجبر المبتاع على ذلك الثمن، وهذا بعيد لأنه بيع آخر ذكر هذا كله وما قبله في " نهاية المجتهد"[1].

(ب) **قوله:** فلا يتحقق لها مثال، أقول في "الغيث "وشرح "الأثمار" وذكر لها صورتين.

الأولى : في الثمن نحو أن يوهمه أنها خمسة عشر، فيقول بعت منك بخمسة عشر، فيقول: اشتريت.

والثانية : في المبيع أن يبايعه في رمان أو سفرجل فيعزل المشتري منها ما يريد أن يأخذه، فيقول لـه البائع: كم هذه؟ فيقول: عشر وهو أكثر أو نحو ذلك، فيقول له البائع قد بعت منك هذه التي عزلتها بكذا، فيبتع منه معتقداً أنها العشر وهو أكثر هذا ما مثلا به، ولا شك أنه راجع إلى ما ذكره الشارح.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤١١ – ٤١٢) .

نقصان في المبيع وحينئذٍ يوجب الخيار في الباقي (***والأرش في التالف***) إلا أن خيار المرابحة ونحوها من خيار فقد الصفة، وقد أشرنا لك إلى أنها من الشرط الحالي في الحقيقة والعقد مقيد بوجود الشرط، فحيث لا يوجد الشرط لا عقد رأساً حتى يخير فيه بل القياس تجديد العقد على تيقن فقد الشرط، وإلا كان أخذه بالأول معاطاة لا عقد فيها رأساً.

واعلم أن لفظ " الأثمار "وفي المساومة خلاف قال شارحه ذكر الفقيه ع[1] إنما تعيب لأجل الخيار وهو المفهوم في كلام الهادي وأبي طالب حيث أثبتا الخيار في بيع الجزاف إذا علمه البائع وجهله المشتري وذكر الفقيه[3] س في "تذكرته"[4] أنه لا خيار وظاهر الأزهار مثل كلام الفقيه ع إلا أنه قال: والأرش مع التالف وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا يثبت الأرش مع التلف بالخيانة في المساومة، ولذلك ذكر المؤلف الخلاف [هنا][5] لما لم يكن ظاهر إلا مع البقاء دون التلف، انتهى.

قلت: وفيما ذكره من نكتة التنكير تأمل.

---

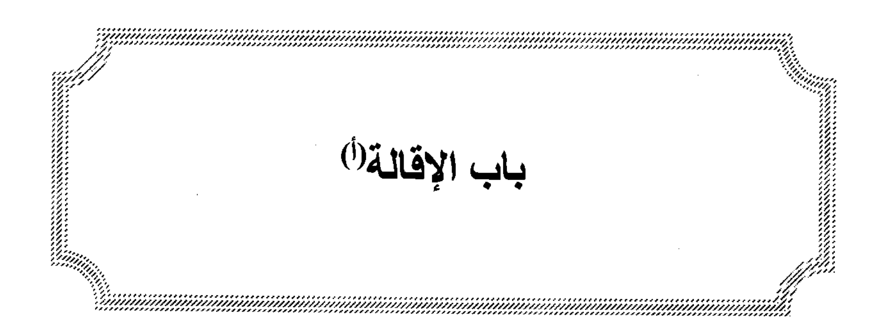
(١) في " شرح الأزهار " (٦ / ٤٩٠) الفقيه علي .

(٢) وفي " البحر الزخار " (ع) أبو العباس .

(٣) في " البحر الزخار " (سا) أحمد بن عيسى .

(٤) انظر : " مؤلفات الزيدية " (١ / ٢٧٩) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .



باب الإقالة[أ]

(أ) **باب الإقالة:** أقول: أخرج أبو داود [1]وابن ماجة[2] والحاكم[3] وصححه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة " ويأتي تصحيحه قريباً في كلام الشارح، وتأتي ألفاظه، والإقالة قال المطرزي[4] أن ألفها واو، إن كان اشتقاقها من القول لأن الفسخ لا بد فيه من قول، أو ياء إن كان اشتقاقها من القيلولة.

واعلم أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات صفقته يقضي بأنه خاص بالبيع، وفي شرح الإرشاد أنها تدخل البيع والسلم والهبة والحوالة والصدقة. [٣ / ٥٣٢] .

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٦٠) .

(٢) في " السنن " رقم (٢١٩٩) .

(٣) في " المستدرك " (٢ / ٤٥) .

وهو حديث صحيح .

(٤) انظر : " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٥١٠) .

" تهذيب اللغة " (٩ / ٣٠٥) .

(**الإقالة إنما تصح**[1])أي تثبت لها الأحكام المخالفة لأحكام الفسخ تارة ولأحكام البيع أخرى إذا وقعت(**بلفظها**) أما إذا وقعت بغير لفظها ففسخ كما سيأتي، وقال أبو العباس والإمام يحيى لا يشترط لثبوت أحكامها لفظها بل يكفي ما أفاد ارتفاع البيع.

وأجاب المصنف بأن لها أحكاماً مخصوصة بها كما سيأتي، فاعتبر لفظها المميز لها عن الفسخ وإلا كان كل فسخ إقالة فلا تختلف أحكامها، وهو تهافت مبني على أن الأحكام إنما اختلفت لاختلاف الاسم وليس كذلك.

وإنما اختلف [٥٣٢/٣] أحكام الفسوخ لاختلاف أسبابها، واختلاف السبب وإن أوجب اختلاف الحكم لا يوجب اختلاف الاسم، فإن[أ] اسم الأعم اسم للأخص ضرورة

(أ) **قوله:** فإن اسم الأعم اسم للأخص، أقول: لا يخفى أن الأعم اسم للأعم وعليه يدل حقيقة، وإن أريد به الأخص كان من إطلاق الكل على الجزء مجازاً، وقد أقر به الشارح حيث قال: وبالقرينة كما في المجاز، وإذا كان كذلك فإذا أطلق الأعم فهو حقيقة في عمومه.

وكلام العلماء في قواعد العلوم مبنية على الحقائق لا المجازات، ثم في دعوى أن الفسخ عام للإقالة تأمل، بل هما غير أن الإقالة برضى البائع والمشتري، والفسخ بأسباب يلزم بها انفساخ العقد رضي البائع والمشتري أو كرها فليتأمل.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٨٤) : " ... فكان على المصنف أن يعنون الباب بما يدل على ندبية الإقالة لابما هو سراب بقيعة من قوله " إنما تصح بلفظها " فإن هذا من جنس ما يكرره هو وأمثاله من الدندنة حول الألفاظ التي لم يرد باعتبارها شرعٌ ولا عقل ، فإن مجرد رد الثمن أو طلب رد المبيع إقالة " تامة " محصِّلة للأجر مبطلة للتبايع مع عدم وجود لفظها ، ولا لفظ آخر يدل عليها ، وأما اشتراطه بقاء المتعاقدين فوجهه أنه إذا مات من يريد الإقالة لم يوجد من حصل له الندم على تلك الصفقة ، ولكن إذا كان وارثه نادماً على صفقة مورثه فله حكمه لوجوب السبب الذي لأجله شرعت الإقالة وأما قوله : " في مبيع باق " فوجهه أنه إذا كان المبيع قد تلف لم يبق للإقالة معنى إلا أن يتعلق بذلك غرض لمشتري ينتفع به غير لحوق ضرر للبائع .

وانظر : " البيان " للعمراني (٥ / ٣٣٩ – ٣٤٠) .

أن الحيوان اسم للإنسان، وإن كان لا يدل عليه بخصوصه فالدلالة تخص في دلالة الاسم بمجرده لأنها تكون به وبالقرينة كما في المجاز. وإنما تصح الإقالة أيضاً (**بين المتعاقدين**) قال المصنف إذ ليس(أ) للوارث نقض ما أبرمه الميت وهو(ب) كما ترى من البهت، وكيف لا وقد صح له بيع ما شرى وشراء ما باع وغير ذلك من التصرفات المنافية لتصرف الميت والوارث في مثل ذلك، خليفة اتفاقاً ولا تصح الإقالة أيضاً إلا (**في مبيع باق**) لا تالف، وقال الشافعي[1] تصح في التالف، قال الإمام يحيى[2] وهو ظاهر المذهب، قلنا: هي إما بيع وبيع المعدوم لا يصح، أو فسخ وهو يوجب رد المفسوخ كما أخذه.

(أ) **قوله:** إذ ليس للوارث نقض ما أبرمه، أقول: هذا كلام المصنف في "البحر"[3] وفي "الغيث "علله بقوله: لأن الإقالة إنما هي ممن صدر عنه العقد الأول، فالورثة لم يصدر منهم عقد فتفرع عليه الإقالة، ولا أحفظ فيه خلافاً، انتهى. إلا أنه لا يخفى أن قوله إنما هي ممن صدر عنه العقد الأول عين الدعوى، وإنما اختلفت العبارة.

(ب) **قوله:** وهو كما ترى من البهت، وكيف لا وقد صح له بيع ما شرى وشرى ما باع، أقول: أي كيف لا يكون كلام المصنف بهت أو هو من بهته، قال عليه ما لم يفعل والبهتة الباطل الذي يتحير من بطلانه كما في "القاموس"[4]، واستدل لبطلان كلام المصنف بأنه قد جاز للوارث بيع ما شراه مورثه وشراء ما باعه، ولا يخفى أن ما شراه المورث قد صار بعد موته ملكاً للوارث، فما باع إلا ملكه ولا يتصف بيع ما ملكه الإرث أنه نقض ما أبرمه مورثه، فإنه أبرمه لنفسه وملكه ثم مات، وإبرامه غير منقوض قطعاً وإلا لما ملكه وإرثه فبيع وارثه لملكه ليس نقضاً بشيء ومثله شرى ما باع، وحينئذ تعرف أن رميه المصنف بالبهت بهت من الشارح عليه، على أنها أبحاث اجتهادية ظنية لا توجب تعنيفاً ولا تبكيتاً.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٤٢) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٩) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٧ – ٣٧٨) .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ١٨٩) .

وأجيب بمنع كلية الشق الثاني مستنداً بأن ذلك في الفسخ الثابت على الوجوب[أ] لا على الجواز كالإقالة، ولهذا صحت مع فوات بعض المبيع اتفاقاً[ب]، ولا يصح مثل ذلك في الفسخ بالعيب .

ولا تصح الإقالة أيضاً إلا إذا (**لم يزد**) المبيع في يد المشتري زيادة لا تنفصل كالسمن لامتناع رده حينئذ على حالته يوم العقد بخلاف ما لو كانت مما ينفصل كالصوف، فإنه يمكن المشتري أخذ ما هو له من الفوائد حينئذ، ولكن هذا مبني على الوهم المتقدم في منع التقايل في التالف، وهو اشتراط كون الرد على الحالة الأولى وقد عرفت أن ذلك إنما هو في الرد الواجب للراد لا الجائز فلا منع.

(أ) **قوله:** على الوجوب لا على الجواز، أقول: فأين دليل التفرقة؟ وإن كان كلاماً على السند إلا أنه قد اعتمده فيما يأتي حيث قال: وقد عرفت أن ذلك إنما هو في الرد الواجب للراد، وفي "المنار"[1] لا نسلم عدم صحة الفسخ في التالف ولا ما ادعوه شرطاً فيه، إذ قد يتعلق به غرض ما، ولا دليل على اشتراط إمكان رده للبائع، وفي "الغيث" في تعليل كلام الشافعي أن المقصود من الإقالة رفع الغبن والظلامة، فإن المبيع ربما كان رخيصاً وربما كان غالياً، وهذا المعنى يصح في التالف وغير التالف، فإذا تقايلا انفسخ العقد بينهما ويرجع المشتري بالثمن والبائع في قيمة التالف.

(ب) **قوله:** اتفاقاً، أقول قال المصنف وذلك إجماع كما نقله عن الكافي، فإن كان المبيع كله باقياً لم تصح الإقالة في بعضه، انتهى. وقد أفاده الأزهار حيث قال لم يزد ولم يقل ولم ينقص، وفي الانتصار وإن كان المبيع كله باقياً لم تصح الإقالة في بعضه، ورده المصنف في "البحر"[3] بقوله.

قلت: القياس الصحة كالفسخ بالتراضي انتهى وهو كلام جيد.

---

(1) (٢ / ٥١) .

(2) " انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٤٩٨) .

(3) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٩) .

قلت: وإذ قد صح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " إن من أعظم الناس جرماً من سأل عن شيء فحرم من أجل مسألته"[1] مع أن المحرم هو الله ورسوله، فما ظنك[أ] بمن منع الإقالة وأوجب فسخها بعدم مثل هذه الشروط التي ليس عليها إثارة من علم نقلي ولا عقلي، فنسأل الله السلامة، كيف وقد عارضت إطلاق قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة " أبو داود[2] وابن ماجة[3] وابن حبان [4]والحاكم[5]، وفي رواية: " من أقال نادماً " صححه ابن حزم والحاكم وقال أبو الفتح[6] القشيري هو على شرطهما من حديث أبي هريرة.

(أ) قوله: فما ظنك.. إلخ، أقول: أي في عظم الجرم لمن منع الإقالة، إلا أنه يقال هذه مسائل اجتهادية ظنية، والمانع مجتهد غايته أنه مخطئ فله أجر واحد بالنص ولا إثم عليه، والحديث ورد في من سأل عن شيء سكت الله عنه فحرم لأجل سؤاله، أخرج الشافعي[7] وأحمد[8] والشيخان[9] وغيرهم من حديث سعد بن أبي وقاص قال: كانوا يسألون عن الشيء وهو لهم حلال فما زالوا يسألون حتى يحرم عليهم، وإذا حرم عليهم وقعوا فيه"[10].

وأخرج ابن المنذر عن سعد بن أبي وقاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته "[11] ولا يخفى أن هذا في التحريم القطعي الثابت بالنص لا في الظني الاجتهادي.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٧٢٨٩) ومسلم رقم (١٣٣٧) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٦٠).

(٣) في " السنن " رقم (٢١٩٩).

(٤) في " السنن " رقم (٢١٩٩).

(٥) في صحيحه رقم (١١٠٣ ، ١١٠٤ – موارد).

(٦) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٥٧).

(٧) عزاه إليه السيوطي في الدر المنثور " (٣ / ٢٠٨).

(٨) في " المسند " (١ / ١٧٦ / ١٧٩).

(٩) البخاري رقم (٧٢٨٩) ومسلم رقم (١٣٣٧) عن سعد بن أبي وقاص قال : قال رسول ﷺ " إمن من أعظم المسلمين جرماً ، من سأل عن شيء لم يحرم ، فحرم من أجل مسألته ".

(١٠) بهذا اللفظ عزاه السيوطي لابن المنذر في " الدر المنثور " (٣ / ٢٠٨).

(١١) تقدم تخريجه.

وإنما تكون الإقالة إقالة إذا كانت (**بالثمن الأول فقط**) فإنه هو الذي يلزم رده (**ولو سكت عنه ويلغو شرط خلافه**) لأنه شرط لخلاف موجب الإقالة وموضوعها، وقد عرفت أنه يلغو في النكاح اتفاقاً وفي البيع على ما قررناه لك هناك، وبينا به ضعف الفرق بين النكاح والبيع في ذلك.

ويلغو شرط الخلاف (**ولو**) كانت المخالفة (**في الصفة**) فقط (**و**) الإقالة بلفظها (**هي بيع في حق الشفيع**[1]) أي بالنظر إليه، وادعى المصنف في ذلك الإجماع وما أدري[أ] ما صحة هذه الدعوى وإن كانت فسخاً في حق المتبايعين على ما سيأتي

(أ) **قوله:** ما أدري ما صحة هذه الدعوى، أقول: في "المنار"[٢] لولا دعوى الإجماع في الشفعة لكانت كغيرها إذ مدلول الإقالة جعل ما كان كأن لم يكن، فكأنه لم يقع بيع، وهذا معنى الفسخ لا معنى بيع آخر، انتهى. قلت في "الغيث": لا يختلف السادة في كونها بيعاً في حق الشفيع، انتهى.

قلت: لا يخفى أن هذا ليس الإجماع الذي تقوم به الحجة، فليس السادة جميع مجتهدي الأمة حتى

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٦٨٥ – ٦٨٦) :

جعلها بيعاً في هذه الصورة الخاصة مما يقضي منه العجب ، وأعجب من هذا دعوى الإجماع على مثل هذه الخرافة كما حكى ذلك عنه وإن كان لم يذكر في الغيث شرحه لهذا الكتاب إلا قوله : " لا يختلف السادة في كونها بيعاً في حق الشفيع " انتهى . وهو يريد بالسادة المتكلمين منهم في فروع الزيدية في هذه الديار ، ولم يرد غيرهم من السادة في سائر أقطار البلاد الإسلامية فضلاً عن أن يريد إجماع أهل الإسلام على ذلك ، وأظن أنه لم يقل بهذه المقالة أحد من علماء الدنيا لأنها مع كونها لم تبن على رواية هي أيضاً لم تبن على رأي مستقيم ، فإن كونها بيعاً مجرد دعوى عاطلة عن البرهان بجميع أقسامه ومجرد تخصيص كونها بيعاً في حق الشفيع فقط ترتيب دعوى على دعوى وبالجملة فهذا التوزيع بهذه الإقالة إنها بيع في كذا فسخ في كذا مما تعجب منه من له أدنى فهم فضلاً عن أدنى علم ، ثم الفرق بينها وبين البيع بقوله فلا يعتبر المجلس في الغائب ولا يلحقها الإجازة إلخ من تفريع الباطل على الباطل ، ومن التقول على الشريعة المطهرة بما ليس فيها .

(٢) (٢ / ٥١) .

تحقيقه، وإذا كانت بيعاً في حقه ثبتت له الشفعة بالتقايل ولو قبل القبض كما ثبتت بالتبايع، ذكره المصنف وإنما يتمشى على قول الشافعي[1] بجواز بيع ما لم يقبض من بائعه إلا أنها إذا كانت بيعاً لم تصح في المشتري ونحوه قبل قبضه كما تقدم، والشفعة لا تثبت إلا في الصحيح عند المصنف فقياسه اشتراط القبض، ثم الإقالة وإن كانت بيعاً في حق الشفيع فإنها (**فسخ في غيره**) وقال زيد والناصر [2]والمؤيد وتخريجه أنها بيع مطلقاً إلا أن المصنف ادعى الإجماع على أنها فسخ في [٣/٥٣٣] السلم والقرض وإلا لزم بيع المعدوم.

قال والدنا في "الياقوتة "وكذا في البيع الفاسد بلا خلاف وهو وهم لأن الرد بالفساد معلل بحصول المفسد والرد بالإقالة معلل بالاختيار .

فإذا رد بأحد العلتين لم يلزم حكم الأخرى، وإذا كانت فسخاً خالفت حكم البيع لكن إثبات المخالفة بمثل قوله: (**فلا يعتبر**) فيها القبول لها في (***المجلس في***) حق المقال (***الغائب***) كما يعتبر في البيع كلام لا حاصل له لأنه إذا أراد بالمجلس مجلس البائع فالبيع كذلك لا يعتبر فيه قبول المشتري الغائب في مجلس البائع بل يكفي قبوله في مجلس

يكون إجماعهم حجة، بل هم في إطلاقهم يراد بهم السيدان وأبو العباس، وفي شرح الإرشاد على مذهب الشافعية أنها لا تجدد بها شفعة على الأظهر، انتهى. وبه تعرف أن قول "المنار" لولا الإجماع.. إلخ، غير صحيح إذ لا إجماع هنا والحق ما قاله من نفى تجدد الشفعة بالإقالة [٣/٥٣٣].

---

(١) في " البيان " (٥ / ٦٩) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٧٥) .

العلم لما تقدم[أ] من صحة البيع بالكتابة والرسالة كالنكاح، وإن أراد مجلس العلم بها فالإعراض عن قبولها فيه كالإعراض عن قبولها مع حضوره مجلس البائع كلاهما موجب لعدم صحتها كالبيع.

(أ) **قوله:** لما تقدم من صحة البيع بالكتابة والرسالة، أقول: هذا نقض لما قالوه من الفرق، وحاصله أنه قد صح البيع بالكتابة والرسالة ومجلسهما في الأغلب مختلف، فقد صح بيع لا يعتبر فيه اتحاد المجلس كالفسخ، وقد يقال مجلس البيع في الكتابة والرسالة لم يختلف فيه مجلس الإيجاب والقبول لأن كلام الرسول يقوم مقام كلام المرسل، فلذا اشترط اتحاد مجلس إبلاغه الإيجاب الجواب بالقبول وكذلك الكتابة، فإنها مقام لفظ الكاتب لم يختلف المجلس، وأما هنا في الإقالة فلا يشترط لها كتابة ولا رسالة، بل إذا قال من حضر مجلس المقيل للمقال سمعت فلاناً يقول قد أقالك فقبل صحت الإقالة، هذا غاية ما يتكلف من الفرق.

واعلم أنه قد أفاد "الأزهار" بمفهومه أنه يعتبر القبول وقد صرح به "الأثمار" حيث قال: ويشترط القبول أو ما في حكمه.

قال شارحه التصريح بذلك من الزوائد وهو مستفاد من مفهوم عبارة الأزهار، ولا ريب أنه تلون البحث في الإقالة لم يجعلوها فسخاً ولا بيعاً، بل أخذوا بها من كل واحد من النوعين حكماً.

ويعجبني كلام ابن حزم[1] فإنه جعلها بيعاً فقال: إن البيع عقد صحيح بالقرآن والسنن والإجماع المتيقن المقطوع به من كل مسلم على أديم الأرض كان أو هو كائن، فإذا هو كذلك باليقين فلا يصح فسخ عقد صححه الله تعالى في كتابه على لسان رسوله صلى الله عليه وآله وسلم إلا بنص آخر ولا نص، ولا في جواز فسخه مطارحة بتراضيهما إلا فيما جاء نص بفسخه كالشفعة وما فيه الخيار بالنص، فإذا كان [ذلك][2] كذلك فلم يكن بيد من أجاز الفسخ نص أصلاً فقد صح أن الإقالة بيع من البيوع بتراضيهما يجوز فيها ما يجوز في البيع ويحرم فيها ما يحرم في البيوع.

---

(١) في " المحلى " (٩ / ٣ – ٤).

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

فإذاً لا فرق بهذا الوجه (**و**) من الفروق أنها إذا كانت فسخاً (**لا تلحقها الإجازة**) قياساً على الطلاق بخلاف ما لو كانت بيعاً، لكن في القياس على الطلاق نظر لأن الإجازة إنما لم تلحقه لأنه استهلاك بلا عوض ولهذا لحقت الخلع منه، والفسخ هنا أشبه بالخلع من حيث أنه مقتض لرد الثمن فليس استهلاكاً بل معاوضة .

(**و**) من الفروق أنها (**تصح**) من المشتري (**قبل القبض**) ولو جعلناها بيعاً لم يصح (**و**) من الفروق أن (**البيع**) إذا صدر من المستقيل إلى مشتر آخر (**قبله**) أي: قبل أن يقبض المبيع من المستقيل وكان ذلك البيع (**بعدهما**) صح ذلك البيع لأنه لم يبع مشترى قبل قبضه، وإنما باع ما انكشف أنه باق على ملكه، بخلاف ما لو جعلناها بيعاً كان كبيع مشتري قبل قبضه .

(**و**) من الفروق أنها إذا كانت فسخاً صح أن تكون (**مشروطة**) بشرط مستقبل بخلاف ما لو كانت بيعاً (**و**) من الفروق أنها إذا كانت فسخاً صح (**تولي واحد طرفيها**) بخلاف ما لو كانت بيعاً لأن المانع لتولي واحد طرفي البيع امتناع كونه طالباً مطلوباً، وقد عرفناك عدم امتناعه .

(**و**) من الفروق أنها إذا كانت فسخاً (**لا يرجع عنها قبل قبولها**) لأن صحة الرجوع قبل القبول إنما يكون فيما لا ينعقد إلا بلفظين من شخصين، فإذا كان الرجوع من الأول قبل لفظ الثاني كان رجوعاً قبل الانعقاد بخلاف ما ينعقد بلفظ واحد من شخص كالطلاق فالرجوع فيه بعد اللفظ الواحد رجوع بعد الانعقاد، لكن في كونها لا تحتاج إلى اللفظين نظر، لأن فيها معاوضة من حيث وجوب رد الثمن وكل معاوضة فلا بد فيها من اللفظين كما قلنا في الخلع، وفيها أيضاً في حق غير الغائب كما تقدم .

(**و**) لا يخفاك أن جعلها بيعاً في حق الشفيع والخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً إنما يتمان إذا كانت بلفظ الإقالة أما (**بغير لفظها**) فإنها (**فسخ في الجميع**) من حق الشفيع وحق غيره خلافاً لأبي العباس والإمام يحيى كما تقدم (**والفوائد**) الحاصلة بعد البيع وقبل التقايل (**للمشتري**) لحصولها في ملك له مستقر سواء جعلناها فسخاً أو بيعاً

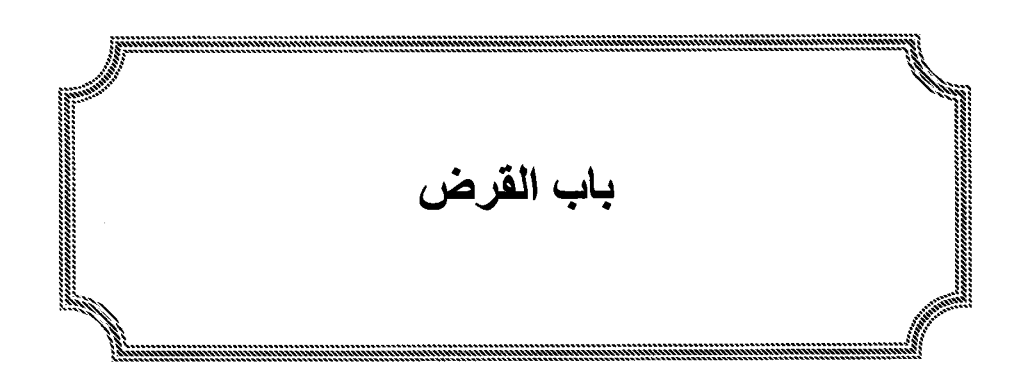
وسواء كانت الفوائد أصلية أو فرعية، لأن الإقالة لما كانت على جهة الجواز لا الاستحقاق كانت رفعاً[أ] للعقد من حينه كالبيع، ولهذا ثبت لها حكم البيع في بعض الأحوال [٣/٥٣٤].

(أ) **قوله:** رفعاً للعقد من حينه، أقول: في الغيث وغيره مثله قال في "المنار"[١] دعوى أنه فسخ من حينه لا من أصله يحتاج إلى دليل، لأن ظاهر معنى الإقالة أن الكائن بينهما كأن لم يكن وهو في رفع الشيء من أصله أظهر فترتب عليه الفوائد، ودعوى الاتفاق والإجماع ما لم تكن قطعية لا يمنع النظر، انتهى. قلت: وتقدم له قريباً أن دعوى الإجماع في الشفعة وأن الإقالة ليست[٢] فسخاً فيها، منعت من جعلها كغيرها وكان الأولى أن لا يمنع النظر هنالك أيضاً.

---

(١) (٢ / ٥١) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٥٠٤) .



باب القرض

(باب القرض[أ] إنما يصح في مثلي أو قيمي جماد) لا حيوان وقال الباقر

(أ) **باب القرض:** أقول: في شرح الإرشاد أنه بفتح القاف أشهر من كسرها يراد به اسم المفعول بمعنى المُقْرَض، والمصدر بمعنى الإقراض [١]الذي هو تمليك شيء على أن يرد بدله وهو لغة القطع، فيسمى به لأن المقرض يقطع للمستقرض قطعة من ماله وهو من القُرَبْ المقربة أخرج مسلم[٢]: " من نفّس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه " وقال السبكي في تكملة شرح المهذب ما لفظه: في كتب أصحابنا حديث مرفوع: " الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر " ولا أعرف لهذا الحديث أصلاً، قال الزركشي: قلت: له أصل أصيل فإنه أخرجه ابن ماجة في سننه [٣]من حديث أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، قلت: يا جبريل، ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة " وفيه خالد بن يزيد بن مالك ضعفه جماعة ووثقه أحمد بن صالح وأبو زرعة الدمشقي، وقد ورد ما يعارضه، فأخرج ابن ماجه[٤] عن ابن مسعود أنه صلى الله عليه وآله

---

(١) انظر " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٤٣٧) " الفائق في غريب الحديث " (٢ / ٢٠٤) .

(٢) في صحيحه رقم (٣٨ / ٢٦٩٩) وهو حديث صحيح .

(٣) في " السنن " رقم (٢٤٣١)

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٥٢) : " هذا إسناد ضعيف ، خالد بن أبي يزيد بن عبد الرحمن بن مالك أبو هاشم الهمداني ، ضعفه أحمد وابن معين ، وأبو داود والنسائي ، وأبوزرعة وابن الجارود ، والساجي والعقيلي والدارقطني وغيرهم .

ووثقه أحمد بن صالح المصري وأبو زرعة الدمشقي ، وقال ابن حبان : هو من فقهاء الشام كان صدوقاً في الرواية ولكنه كان يخطئ كثيراً وأبوه فقيه دمشق ومفتيهم " .

وهو حديث ضعيف جداً .

(٤) في " سننه رقم (٢٤٣٠) وهو حديث حسن

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٥١) : " هذا إسناد ضعيف ، قيس بن رومي مجهول ، وسليمان =

وسلم قال: " ما من مسلم يقرض مسلماً مرتين إلا كان كصدقتهما مرة " وفي إسناده سليمان بن بشير النخعي [1]ضعيف، ولكنه أخرجه ابن حبان في صحيحه[2] بلفظ: " من أقرض مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق " وأخرجه البزار[3] بلفظ: " قرض مرتين تعدل صدقة مرة " أخرجه مرفوعاً وقال الدارقطني[4]: وقفه على عبدالله بن مسعود أصح.

قلت: إلا أنه لا يقال من قبل الرأي فله حكم الرفع.

= بن يسير ، ويقال : ابن مشتير ، ويقال : ابن سفيان ، وكله واحد متفق على تضعيفه " اهـ .

قلت : وأخرج البيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٥٣) المرفوع منه : " من أقرض شيئاً مرتين ، كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به " .

وأخرجه ابن حبان (رقم ١١٥٥ – موارد) .

وقال البيهقي عقبه : " تفرد به عبد الله بن الحسين أبو حريز قاضي سجستان ، وليس بالقوي " .

وقال الألباني رحمه الله في " الإرواء " (٥ / ٢٢٧) : " قلت : وقد وقفت له على طريق أخرى عن ابن أذنان في " المسند " لأحمد (١ / ٤١٢) حدثنا عفان ، حدثنا حماد ، أخبرنا عطاء بن السائب ، عن ابن أذنان ، قال : أسلفت علقمة ألفي درهم ، فلما خرج عطاؤه ، قلت له : أقضني ، قال : أخرني إلى قابل ، فأبيت عليه ، فأخذتها ، قال : فأتيته بعد ، قال : برحت بي وقد منعتني ، فقلت : نعم ، هو عملك ، قال : وما شأني ؟ قلت : إنك حدثتني عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : " إن السلف يجري مجرى شطر الصدقة " قال : نعم ، فهو كذاك ، قال : فخذ الآن " اهـ . بسند حسن .

ثم قال الألباني في " الأرواء " (٥٢٢٨) وجملة القول أن ابن أذنان هذا مستور لأن أحداً لم يوثقه غير بن حبان ، فإذا انضم إليه طريق أبي حريز المتقدمة أخذ حديثه بعض القوة وبضم طريق ولهم بن صالح إليهما فيزداد قوة ويرقى الحديث بمجموع ذلك إلى درجة الحسن والله أعلم . أ هـ .

(١) سليمان بن يسير ، أبو الصباح الكوفي ، ويقال : ابن أسير ، وقيل : ابن قسيم ضعفه أبو داود ، وقال عباس عن يحيى : ليس بشيء ، وقال البخاري : ليس بالقوي عندهم.

" التاريخ الكبير " (٤ / ٤٢) " الميزان " (٢ / ٢٢٨) و " المجروحين " (١ / ٣٢٩) .

(٢) في صحيحه رقم (٥٠٤٠) .

(٣) أخرجه أحمد في " المسند " (١ / ٤١٢) وانظر " الأرواء " رقم (١٣٨٩) .

والصادق والقاسم ومالك[٢] والشافعي[٣] وداود[٤] وابن جرير[٥] والمزني[٦] يجوز إلا أن مالكاً[٧] والشافعي[٨] استثنيا قرض الولائد التي يحل[أ] وطؤها اغتراراً[ب] بما نقله

(أ) **قوله:** التي يحل وطؤها، أقول: فإن الأولين جوزوا قرض الأمة للوطء، كما يصح جعل الأمة مهراً ومنعه الشافعي ومن ذكر.

(ب) **قوله:** اغتراراً بما نقله الغزالي[٩]، أقول: علل المنع من قرضهن في شرح الإرشاد بأن القرض عقد جائز يثبت فيه الرد وربما يطأها المستقرض ثم يردها فيشبه إعارة الجواري للوطء، قالوا: لأنه يطأها ثم يردها إليه فيكون فرجاً معاراً، قال ابن حزم[١٠]: هم يوجبون هذا نفسه في التي يجد فيها عيباً، ثم نقول لهم: إذا وطئها بحق بنص قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[١١] وردها بحق لأنه يؤدي ما عليه فانقلب من حق إلى حق، وأما قولهم: أنه فرج معار فكذب باطل، لأن المستقرضة ملك يمين فهي له حلال وهو مخير بين أن يردها أو يمسكها ويرد غيرها، قالوا: هذا شنيع بشيع، قلنا: لا شنعة ولا بشاعة في الحلال[١٢]، ثم لا تشنعون بمثله بأن يكون إنسان يبتاع جارية من غيره ثم يطأها ثم يبتاعها الذي باعها فيستبريها بحيضة ثم يطأها ثم يبتاعها الذي باعها منه وهكذا أبداً.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٣) .

(٢) انظر : " المجموع شرح المهذب " (١٢ / ٥٣) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ٤٦١) .

(٤) " المحلى " (٨ / ٨١) .

(٥) انظر : " المجموع شرح المهذب " (١٢ / ٥٣) .

(٦) انظر : " البيان " للعمراني (٥ / ٤٦١) .

(٧) " عيون المجالس " (٣ / ١٥٠٠) " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ٣٥٩) .

(٨) " البيان " (٥ / ٤٦٢) .

(٩) في " الوسيط " (٣ / ٤٥٢ – ٤٥٣) .

(١٠) في " المحلى " (٨ / ٨١) .

(١١) [سورة المعارج : ٣٠] .

(١٢) [لفظ " المحلى " لابن حزم : وأنتم لاتستبشعون مثله من أن يكون إنسان ... إلخ] .

الغزالي [1] وإمام الحرمين [2] عن السلف من النهي عن قرضهن، ولكن قال ابـــن حـــزم[3] [و] [4] نعلم في هذا أصلاً من كتاب ولا رواية صحيحة ولا سقيمة ولا من قول صـــاحب ولا إجماع ولا قياس ولا رأي سديد، لنا أنه نوع من البيع يختص بتساوي العوضين من كل وجه ولا يتحقق ذلك في الحيوان لعظم تفاوتها كالجواهر، وأجيب بمنع الأصـــل مســـنداً بجوازه في بعض القيميات.

قلنا: التي لا يعظم تفاوتها كالخشب والحطب والريحان، وأجيب بمنع عدم التفـــاوت العظيم فيما ذكر ولو سلم فعظم التفاوت في الحيوان والجواهر في البعض لا يستلزم عظمه في الكل لإمكان التساوي في البعض فيكون هو الواجب عند التشاجر.

قلنا: بيع مخصوص وقد صح النهي عن بيع الحيوان[5] بالحيوان كما تقـــدم، قـــالوا وتقدم معارضه وفي المقام خصوصاً ما في المتفق عليه من حديث[6] أبي هريرة: " أنه كـــان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حق فأغلظ له فَهَمَّ أصحاب رســـول الله صلى الله عليه وآله وسلم به فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً، ثم قال لهم: اشـــتروا سناً فأعطوه إياه، فقالوا: إنا لا نجد إلا سناً هو خير من سنه، قال: اشتروه وأعطوه إياه فإن

....

(١) " الوسيط " (٣ / ٤٥٢ – ٤٥٣) .

(٢) " نهاية المطلب في دراية المذهب " (٧ / ٤٤٠) .

(٣) " المحلى " (٨ / ٨١) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) أخرجه أحمد (٥ / ١٢ ، ١٩ ، ٢١ ، ٢٢) وأبو داود رقم (٣٣٥٦) والترمذي رقم (١٢٣٧) والنســـائي رقم (٤٦٢٠) وابن ماجه رقم (٢٢٧٠) من حديث الحسن بن سمرة قال : نهى ﷺ عن بيع الحيـــوان بـــالحيوان نسئتيئة " وهو حديث صحيح .

(٦) أخرجه البخاري رقم (٢٣٩٢) ومسلم رقم (١٢٢ / ١٦٠١) وأحمد (٢ / ٣٩٣) .

خيركم أحسنكم قضاء " وعند مسلم[(١)] من حديث أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " استلف من رجل بكراً[(أ)] فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم أبا رافع أن يقضيه بكرة في قصة فقضاه رباعياً " وعند النسائي[(٢)] والبزار[(٣)] من حديث العرباض بن سارية أن أعرابياً جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: اقض بكرى فقضاه[(ب)] بعيراً، وأما قوله: (**أمكن وزنه**) فقد احترز عن نحو قرض

(أ) **قوله:** بكراً، أقول: بفتح الموحدة الصغير من الإبل والرباعي بفتح الراي ماله ست سنين.

واعلم أنه أورد أنه كيف قضاه [رسول الله][(٤)] صلى الله عليه وآله وسلم من إبل الصدقة وزاده منها.

وأجيب بأنه ما قضاه من إبل الصدقة بل شراه من خالص ماله وتبرع بالزيادة منه، هذا أحد الأجوبة، وقد ورد في حديث قيل ويؤخذ منه أن الحيوان مثلي مع قلة التفاوت، قلت: إلا أنه لا يتمشى على كلام المصنف وغيره ويأتي جواب المصنف عنه.

(ب) **قوله:** فقضاه بعيراً، أقول: تقدم تفسير البكر والبعير هو الجمل البازل والجذع كما في "القاموس"[(٥)] ما كان من الإبل في الخامسة، فعلى التفسيرين هو زائد على البكر إن قيل قد نهى عن قرض يجر منفعة، قيل ذلك حيث المقرض أخذ الزيادة من ابتداء قرضه.

---

(١) في صحيحه رقم (١١٨ / ١٦٠٠).

قلت : وأخرجه أحمد (٦ / ٣٩٠) وأبو داود رقم (٣٣٤٦) والترمذي رقم (١٣١٨) والنسائي رقم (٤٦١٧) وابن ماجه رقم (٢٢٨٥) ومالك في " الموطأ " (٢ / ٦٨٠ رقم ٨٩) والطيالسي رقم (٩٧١) والدارمي (٢ / ٢٥٤) والبيهقي (٦ / ٢١).

وهو حديث صحيح.

(٢) في " السنن " رقم (٤٦١٩) وهو حديث صحيح.

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٧٩).

(٤) زيادة من نسخة أخرى.

(٥) " القاموس المحيط " (ص ٤٥١).

وأما إذا أعطاه المقترض من نفسه فمن باب الإحسان، وقد بوب المجد ابن تيميه في "المنتقى"[1] باب جواز الزيادة عند الأداء، والنهي عنها قبله واستدل للأول بهذه الأحاديث وبحديث: " إن خيركم أحسنكم قضاء " واستدل للنهي بحديث أنس عند ابن ماجة [2]أنه سال صلى الله عليه وآله وسلم عن الرجل يقرض أخاه المال فيهدي إليه؟ فقال: " إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه طبقاً فلا يقبله أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك " وفي معناه[3] أحاديث أخر ويأتي كلام الشارح بقريب من هذا.

واعلم أن المصنف قد أجاب عن هذه الأحاديث الدالة على جواز قرض الحيوان بقوله إنه محمول على أنه صلى الله عليه وآله وسلم قضى عن القيمة بالتراضي، قال عليه "المنار"[4]: هذا تعسف جر إليه القواعد المختل أساسها، وقد حققنا في مواضع أن الجنس أقرب إلى المماثلة من القيمة بمجردها، إذ يجتمع في الجنس الجنسية والتقويم لأنه طريق مماثلة البدل، وهذا الحديث من أدلتها، وكذلك سائر أدلة قرض الحيوان[5]، وحديث [6]إناء مكان إناء، وكذلك جزاء الصيد كما حققناه في الإتحاف.

---

(١) (١٠ / ٢٧٣ الباب الثالث – مع نيل الأوطار بتحقيقي) .

(٢) في " السنن " رقم (٢٤٣٢) .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٥٣) : " هذا إسناد فيه مقال ، عتبة بن حميد ضعفه أحمد ، وقال ، أبو حاتم : صالح ، وذكره ابن حبان في الثقات ويحيى بن أبي إسحاق الهنائي لا يعرف حاله ... اهـ " .

وهو حديث ضعيف .

(٣) (منها ما أخرجه البخاري في " التاريخ الكبير " (٤ / ٢٣١٠٢) عن أنس عن النبي ﷺ قال : " إذا أقرض فلا يأخذ هدية " وهو حديث ضعيف .

ولم يصح حديث عن النبي ﷺ في هذا الباب . انظر : " جنة المرتاب " بنقد المغني عن الحفظ والكتاب ، لأبي حفص عمر بن بدر الموصلي ، تصنيف أبي إسحاق الحويني الأثري (٢ / ٤٠٣) .

(٤) (٢ / ٦٢) .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

(٦) تقدم وهو حديث صحيح .

ما لا يمكن نقله كالدور والحرث بناء على أن الوزن يقطع به التشاجر إن كان ولا يجديه ذلك لأنه وإن أزال التفاوت في القدر لا يزيل التفاوت في الصفة، والتساوي فيها شرط ولما خاف من ذلك قال (**إلا مما يعظم تفاوته**) وفي الصفة من القيمي الممكن الوزن (**كالجواهر والمصنوعات**) صنعة متفاوتة لأنها تتفاوت القيمة، ولا ينطبق التفاوت، وقد عرفناك أن التفاوت ليس يلازم ماهية حتى لا ينفك عن إفرادها، وإنما هو عرض مفارق يكون في بعض الأفراد دون بعض، فلا يمتنع التساوي في البعض والتفاوت في البعض، والقضاء يمكن من المساوي عند التشاجر.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما يقل التفاوت فيه من المصنوعات كضربة الدراهم والآجُر والخبز.

وقد قال المصنف ومن معه بمثل هذا في باب الزكاة فقالوا: الواجب من العين فإن تعذر فمن الجنس فإن تعذر فالقيمة، فكيف لم ينتقلوا إلى القيمة بمجرد تعذر العين، ويقولون منعه التفاوت؟ كما قالوا هنا، وقد لاحظنا هذا في عدة مواضع من أبحاثنا وينبني على ما قلنا صحة قرض الرقيق وجوازه، لما مر من الملك بمجرد القرض والهدية، وكذلك في الخبز وفي ذلك حديث لم يحضرني تخريجه فليبحث عنه أنه صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن قرض الخبز؟ فقال: " إنما هي مكارم أخلاق خذ الصغير ورد الكبير، وخذ الكبير ورد الصغير "[1] أو كما قال صلى الله عليه وآله وسلم، انتهى.

قلت: وفي شرح الإرشاد أنه يجوز قرض الخبز وزناً كما قاله جمع من المتقدمين واختاره الرافعي واقتضى كلام النووي ترجيحه ورجحه الأسنوي وغيره لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار، وفيه حديث منقطع أخرجه الطبراني وابن عدي [٣/٥٣٥] وقال الجوزقي يجوز إقراضه عدداً، انتهى.

قلت: وكأنه الحديث الذي أشار إليه في "المنار"[2].

---

(١) فلينظر من خرجه ؟

(٢) (٢/ ٦٢) .

وبالجملة هذا تلون لا حاجة إليه، لأن القرض مبني على التكرم ولهذا لم يثبت فيه الربا كما في الصرف، لأن الصرف ونحوه مبني على المشاحة وطلب الأرباح الدنيوية، كما أن القرض لطلب الأرباح الأخروية، وبين الأمرين بون بعيد، ولهذا يشترط في القرض أن يكون (**غير مشروط** [٣/٥٣٥](أ) ***بما يقتضي الربا***) من شرط جر منفعة أو زيادة أو نحو ذلك (***وألا***) يترك الشرط المقتضي للربا (***فسد***) عقد القرض نحو أن يقرضه على أن يقضيه في مكان كذا بحيث يكون(ب) له في ذلك الشرط منفعة لحديث نهى عن قرض جر منفعة الحارث بن أبي أسامة في مسنده(١) من حديث علي عليه السلام وهو

(أ) **قوله:** غير مشروط بما يقتضي الربا، أقول: وذلك لأن موضوع القرض الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً خرج عن موضوعه فمنع صحته كما علله بهذا في شرح الإرشاد.

(ب) **قوله:** يكون له في ذلك الشرط منفعة، أقول: ما لو كانت المنفعة للمقترض فإن شرط له أقل مما قد اقترضه أو أردى منه أو مكسراً عن صحيح أو نحو ذلك صح القرض، لأن العقد عقد إرفاق فكأنه زاد في الإرفاق ووعده وعداً حسناً، وفسد الشرط لأنه وعد لا يلزم.

---

(١) كما في " بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث " (١ / ٥٠٠ رقم ٤٣٧) بسند ضعيف جداً لضعف سوار بن مصعب .

وذكره السيوطي في " الجامع الصغير " رقم (٦٣٣٦) وقال : رواه الحارث بن علي ورمز له بالضعف .

وقال المناوي في " فيض القدير " (٥ / ٢٨) قال السخاوي : إسناده ساقط

وذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٨٠) قال عمر بن بدر في " المغني " : لم يصح فيه شيء ، وأما إمام الحرمين فقال : إنه صح ، وتبعه الغزالي ... " .

وهو حديث ضعيف والله أعلم .

منقطع، وفيه سوار[أ] بن مصعب [1] متروك، وقال البخاري[2] منكر الحديث إلا أن البيهقي[3] رواه موقوفاً على ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب وعبدالله بن سلام وفضالة بن عبيد، وقال عمر بن [زيد][4] في "المغني"[5] لم يصح في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

قلت: وظاهره مشكل على جواز قبول الزيادة في القضاء تبرعاً فإن القرض هو الذي جرها قطعاً، إلا أن يكون جر منفعة مصدراً منتصباً على المفعول له حتى يكون المعنى عن قرض لأجل جر منفعة، فحينئذ يجب الحكم بفساد القرض مع إضمار ذلك كما يروى عن الهادي عليه السلام لكن كلامنا فيما يحكم به، والسرائر حكمها إلى الله تعالى فعلينا حمل المحسن ظاهراً على السلامة حتى يصرح بالشرط[ب] .

(أ) **قوله:** فيه سوار بن مصعب. أقول: ضبطه في "الميزان"[6] ضبط قلم بتشديد الواو، قال يحيى: كان ليناً ليس بشيء، وقال البخاري[7]: منكر الحديث، وقال النسائي: متروك.

(ب) **قوله:** حتى يصرح بالشرط. أقول: هو ما أشرنا إليه سابقاً، وفي الإمداد أنه ليس للمقترض [من][8] ذلك أي الزيادة حيث اقترض لنفسه، فإن اقترض لمحجور أو لجهة وقف امتنع الزائد.

---

(1) سوار بن مصعب ، قال البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك الحديث .

" التاريخ الكبير " (٤ / ١٦٩) " والمجروحين " (١ / ٣٥٦) " الميزان " (٢ / ٢٤٦) .

(2) في " التاريخ الكبير " (٤ / ١٦٩) .

(3) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٤٩ – ٣٥٠) .

(4) كذا في المخطوط وصوابه [بدر] .

(5) وقد قام الشيخ أبو إسحاق الحويني الأثري بنقد كتاب " المغني " هذا لأبي حفص عمر بن بدر الموصلي بكتاب أسماه " جنة المرتاب بنقد المغني عن الحفظ والكتاب فأجاد وأفاد جزاه الله خيراً" . (ص ٤٠٣) .

(6) " الميزان " (٢ / ٢٤٦) .

(7) في " التاريخ الكبير " (٤ / ١٦٩) .

(8) زيادة من نسخة أخرى .

فصل

(***وإنما يملكه***) المستقرض (***بالقبض***) وينوب عن القبول كما قال المؤيد في المعاطاة، وقيل هو جائز من كلا الطرفين فلا يملك بالقبض كالعارية، ولهذا يجب قبول عينه إذا ردها المستقرض.

وأجيب بأن العارية[أ] لا عوض فيها ووجوب[ب] قبول رد العين لأنه إيفاء، ولا يتعين فيه غير العين.

وأما قوله: (***فيجب رد مثله جنساً وقدراً وصفة***) فمبني[ج] على الغالب، والرد يجب أيضاً (***إلى موضع القرض***) لأن ذلك[د] من المساواة إذ لو افتقر المقرض إلى مؤنة

والأولى للمقترض وكل دائن عدم قبول رفق من المدين، وظاهر كلامهم أن المقرض يملك تلك الزيادة من غير لفظ تمليك.

فصل وإنما يملك بالقبض

(أ) **قوله:** بأن العارية لا عوض فيها، أقول: فلا يتم القياس مع الفارق ولأن العين المقرضة ملك للمقترض بخلاف العين المعارة فهي على ملك المعير إنما للمستعير مجرد الانتفاع.

(ب) **قوله:** ووجوب قبول رد العين، أقول: أي قبول العين المقرضة إذا ردها لأجل أنه إيفاء لمن أقرضه فيجب قبوله ولو كان عين ما أقرضه.

(ج) **قوله:** فمبني على الغالب في رد مثل ما اقترضه وإلا فلو رده نفسه أجزأ وكان إيفاء لما في ذمته وهذا رد لقولهم ولهذا يجب.. إلخ.

(د) **قوله:** لأن ذلك من المساواة، أقول في "الغيث"قال أصحابنا ولو أن رجلاً اقترض من رجل دراهم والصرف على عشرين درهماً بدينار ثم تزايد سعر الدينار أو تناقص أو كان [على حاله كان] [1] عليه دراهم مثل دراهمه، ومن نقدها سواء وكذلك القول في استقراض الطعام ونحوه مما يكال

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

في القضاء لكان ذلك من النقص، وسيأتي تحقيقه في الفصل الآتي إن شاء الله تعالى.

(و) القرض (**لا يصح**[أ] **الإنظار فيه**) وقال أبو طالب والإمام يحيى[1] ومالك[2] وأحد قولي أبي العباس[3] يصح ويلزمه سواء كان التأجيل حال القرض أو بعده، قلنا: القرض تبرع كالعارية، قالوا: افترقا برد غيره فهو كالبيع، وقال المصنف بل لأن التأجيل نقصان من العوض.

وقال شيخنا بل إيجاب[ب] حق للغير مقارن لتمليك وعليه إطلاق قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ﴾[4] ولأن التأجيل لو كان نقصاً لما لزم الشفيع [بل التعجيل][5] إذ

ويوزن على أصل يحيى. قلت: ولا أحفظ فيه خلافاً.

(أ) **قوله:** ولا يصح الإنظار، أقول: في الغيث فلو قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك لم يلزمه، انتهى.

قلت: فكان الأولى أن يقول ولا يلزم الإنظار عوض لا يصح.

(ب) **قوله:** بل إيجاب حق الغير، أقول: عطف على قول المصنف أن التأجيل نقصان من العوض، فقال: ليس بنقصان بل هو إيجاب حق للغير وهو التأجيل للمستقرض فيدخل في إطلاق ﴿إِذَا تَدَايَنتُم﴾[4] الآية.

قلت: ويدل له: " المؤمنون عند شروطهم "[6]، فيصح الإنظار ويلزم.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٦) .

(٢) " انظر : " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٥٤٧) .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٥١٨) .

(٤) [سورة البقرة : ٢٨٢] .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

(٦) تقدم تخريجه . وهو حديث صحيح لغيره .

لا يلزمه إلا ما لزم المشتري، وقد رجع المصنف في بعض كلامه في البحر إلى لزوم التأجيل كالبيع .

(**و**) كذلك لا يصح الإنظار (**في كل دين لم يلزم بعقد**) كأروش الجنايات وقيم المتلفات، قالوا للزومها بغير اختيار من لذمته، فالتأجيل بها تبرع لا يلزم كما لا يلزم في العارية وعليه ما تقدم في كلام شيخنا المفتي رحمه الله تعالى .

(**و**) القرض (***فاسده كفاسد البيع*** [1]) في أحكامه الماضية كلها إلا مقتضي الربا فحرام باطل كما تقدم، فلا نكرره، واحترز بقوله (**غالباً**) عن قرض العبد فإنه لا ينفذ عتقه لو أعتقه بناء على أن القرض عارية، ولهذا كانت عارية النقدين قرضاً.

وأجيب بالمنع مسنداً بأنه معاوضة لا كالعارية بل كالبيع، وأما عارية النقدين فإنما تنصرف إلى القرض بقرينة أنه لا ينتفع بهما في الأغلب إلا للإتلاف وكيف[أ] لا والعتق سريع النفوذ بحيث يصح في مواضع لا يصح فيها غيره كما تقدم، فلو قال المصنف قيل

(أ) **قولـه:** وكيف لا والعتق سريع النفوذ، أقول: في شرح "الأثمار" قال أبو مضر [2]من اقترض عبداً فأعتقه إن عتقه لا يصح إجماعاً بناء منه على أن القرض الفاسد لا يملك بالقبض، وفي دعوى الإجماع ضعف لما تقدم من قول القائلين بصحة قرض الحيوان، ومن قال إنه يملك بالقبض قال بصحة عتقه بعد قبضه.

---

(١) فلا وجه له لافي المشبه ولا في المشبه به لما عرفناك أن مناط البيع وغيره التراضي ، فإن وقع البيع أو القرض على غير ما يسوغه الشرع فلا يثبت حكمه من الأصل .

" السيل الجرار " (٢ / ٦٩١) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٥٢١) .

غالباً ليكون ذلك إشارة إلى ضعفه لكان صواباً، فقد ضعفه[أ] هو بنفسه (**و**) إذا أودع رجل رجلاً آخر دراهم فاحتاج الوديع إلى قرض منها فاستأذن صاحبها في أن يقترض منها [٥٣٦/٣] ويقبضه سفتجة أي صحيفة يأمر له فيها بالقضاء من بلاد أخرى فإن (**مقبض السفتجة**[ب]) أي كاتبها وهو الوديع مثلاً (**أمين فيما قبض**) من الوديعة بمعنى أن القرض بإذن المالك لا يبطل الأمانة ولكنه (**ضمين فيما استهلك**) بالقرض .

(أ) **قوله:** فقد ضعفه هو بنفسه، أقول: لم يضعف أصل الاحتراز من المراد وإنما ضعف دعوى الإجماع على أنه لا يعتق إجماعاً فإن ضعف الدعوى بما أسلفناه قريباً عن شرح الأثمار ولفظه قلت: ومن قال إنه يملك بالقبض قال: يصح عتقه بعد قبضهم، انتهى.

نعم كان يحسن حذفه غالباً لأنها احتراز عن مسألة متفرعة عن صحة قرض الحيوان، والمصنف قد منعه فهو احتراز عن فرع أصله باطل، وقد حذفه "الأثمار" لكنه أتى بغالباً احترازاً عما لو اقترضه بغير لفظ بل معاطاة، فالمعاطاة لا تملك بالقبض بخلاف البيع والأزهار أتى بما لا يحتاج إليه وحذف ما يحتاج إليه. وعكسه الأثمار [٥٣٦/٣].

(ب) **قال:** سفتجة، أقول: بالمهملة والفاء والمثناة من فوق والجيم في "القاموس"[١] كقرطبة وهو أن يعطى ما لا لأحد وللآخر مال في بلد المعطى ليوفيه إياه فيستفيد أمن الطريق. وفي "البحر"[٢] أنه لفظ فارسي وفي "الغيث" وشرح "الأثمار" أنه لغة الحبشة[٣] لم إلا أنه لا يخفاك أن ذكر "القاموس" له دل على أنه لغوي فيحتمل أنه منقول إلى اللغة عن أحدهما إن قيل هذا قرض جر منفعة وهي استفادة الأمن وأجرة كراء المال.

قلت: قد أجاب المصنف عنه بقوله لا بالشرط وأنه يفتقر إلى تأمل.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ٢٤٧) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٦) .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٥٢٢) .

(**و**) لا يخفى أن عبارة المصنف بمعزل عن تأدية هذا المعنى لولا أخذه من معرفة مراده على أن تعرضه لذلك خارج عن المقام، إذ هو لبيان أحكام القرض لا لبيان الضمانة والأمانة لا سيما والأخبار بهما كالإخبار بأن السماء فوقنا إذ (**كلاهما**) أي القرض والقضاء على الوجه المذكور معلوم عند كل مميز أنه (**جائز**) لوجود المقتضي وهو الإذن وعدم المانع، ولو قال ويصح القضاء في غير موضع القرض إلا أن لا يقرض المقرض (**إلا بالشرط**) لأنه حينئذ يكون قرضاً لجر منفعة لا يصح كما تقدم، لسلم من الخفاء والطول والتعرض لما هو في المقام فضول.

(فصل)[أ]

(***وليس لمن تعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ولا استيفاؤه إلا بحكم***) سواء كان الحبس والاستيفاء من الجنس أو من غيره، وقال المؤيد[1] وأبو حنيفة[2]

(أ) **فصل:** وليس لمن تعذر.. إلخ، أقول: قال تعذر وذلك عند تمرد الغريم ولو كان غير متمرد فإنه لا يجوز بالإجماع، فالخلاف الأتي حيث كان الغريم متمرداً ولما يأمره الحاكم، وقد أوضحه المصنف في "الغيث"[3] حيث قال: واعلم أن المسألة على ثلاثة وجوه:

الأول: أن يكون الغريم غير متمرد فلا يجوز ذلك بالإجماع.

الثاني: أن يكون بأمر الحاكم فيجوز بالإجماع ذكره أبو مضر.

الثالث: أن يكون متمرداً ولم يأمره الحاكم ففيه ثلاثة أقوال، انتهى.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٦).

(٢) " شرح فتح القدير " (٧ / ٢٦٠ – ٢٦١).

(٣) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٦ / ٥١٤ – ٥٢٥).

يجوز من الجنس فقط، وقال المنصور [1]والشافعي[2] يجوز مطلقاً، [و][3]قال المصنف: إن تعذر[أ] الحكم لنا عمومات تحريم مال المسلم، قالوا[ب] مخصوصة بجزاء سيئة سيئة مثلها

(أ) **قوله:** إن تعذر الحكم، أقول: استدل له بقوله لئلا تضيع الحقوق ولظواهر الأي.

(ب) **قوله:** قالوا، أقول: أي المجوزون مطلقاً المثل في الآيتين المراد به المساواة والمماثلة في الفعل من غير زيادة سواء كان من جنس المتعدي فيه أو من غير جنسه، وقد رجح الشارح قول أهل الإطلاق والرجوع إلى الحاكم عند تعذر الاستيفاء إلا بإلزامه.

وهنا مذهب رابع للإمام يحيى[4] وهو جوازه من الجنس، ثم من غيره إن تعذر ديناً لا شرعاً.

واختار "المنار"ذلك أعني تقديم الجنس ثم غيره لتعذره. قلت: وكلامهم كله هكذا مطلقاً في الاستيفاء، أما الجنس فالقياس جوازه مطلقاً عند الكل من جنس وغيره.

قلت: المذهب الخامس لابن حزم [5] واخترناه في "سبل السلام"[6] أنه يجب عليه أن يأخذ بقدر حقه سواء كان من نوع ما هو له أو من غيره، ويبيعه ويستوفي حقه فإن فضل على ما هو له رده له أو لورثته وإن نقص بقي في ذمة من عنده الحق له، فإن لم يفعل ذلك فهو عاص لله تعالى إلا أن يحله ويبرئه فهو مأجور واستدل بالآيتين وبقوله تعالى ﴿ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَـٰئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾[7].

---

(١) " شرح الأزهار " (٦ / ٥٢٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ١٣٢ – ١٣٣) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٦) .

(٥) في " المحلى " (٨ / ١٧٢) .

(٦) (٥ / ١٣٨ – ١٤٠) بتحقيقي .

(٧) [سورة الشورى : ٤١] .

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾[1] ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[2] قال المؤيد[3] وأبو حنيفة[4] ظاهرة في المثل وهو الجنس.

قالوا: المثل بمعنى غير الزائد لا بمعنى الجنس.

قلنا: تذهب فائدة نصب الحاكم.

قالوا: ممنوع إذ يرجع إليه إذا تعذر الاستيفاء بغير إلزامه.

قال المصنف: حديث[5]: " لا تخن من خانك " .

قالوا: الخيانة الأخذ من الأمانة فغايته تخصيص الأمانة بعدم الاستيفاء منها فتبقى الآيات معمولاً بها في غيرها ولأن الخيانة إنما تطلق على الخديعة وليس بالمدعى.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عن قبض الأجير لما استؤجر على إصلاحه حتى يستوفي الأجرة وعن قبض البائع المبيع حتى يستوفي الثمن، فإنه جائز اتفاقاً لأن حقهما تعلق بما في أيديهما بخصوصه (**وكل دينين**) ثبت أحدهما على أحد الغريمين والآخر على الآخر

قلت: ويدل له حديث[6]: " انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً " فإن الأمر ظاهر في الإيجاب بإخراجه عن الظلم وذلك بأخذ ما هو عنده لغيره، وهو متمرد عن إيفاء الغير عما هو له.

---

(١) [سورة النحل : ١٢٦] .

(٢) [سورة البقرة : ١٩٤] .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٦) .

(٤) " شرح فتح القدير " (٧ / ٢٦١) .

(٥) أخرجه أبو داود رقم (٣٥٣٥) والترمذي رقم (١٢٦٤) وقال : حديث حسن غريب . وهو حديث حسن بشواهده .

(٦) أخرجه البخاري رقم (٢٤٤٣ ، ٦٩٥٢) وأحمد (٣ / ٩٩) .

و (***استويا في الجنس والصفة***) وجب الحكم بأنهما قد (***تساقطا***) لعدم الفائدة مع سقوط مشقة التراجع خلافاً للناصر.

قلنا: عبث لا يجوز إلا إذا حصلت به فائدة كأن يكون أحدهما معجلاً والآخر مؤجلاً (***والفلوس كالنقدين***) في تساقطهما عند التساوي وصحة قرضها لإمكان ضبطها بالوزن لا في كونها مثلية كالنقدين خلافاً للشافعي وأبي يوسف ومحمد، لنا عدم تساويها في الأغلب لا كالنقدين، قالوا تفاوت مغتفر كالحبوب.

(فصل)

(***ويجب رد القرض والرهن والغصب والمستأجر والمستعار والحق المؤجل والمعجل***) اللازم بعقد (***والكفالة بالوجه إلى موضع الابتداء***) أي الموضع الذي وقع فيه القبض للمردود أو مقابله ومناط هذا الرد في كل ما ذكر أثري[أ] ونظري أما الأثري فحديث: " على اليد ما أخذت حتى تؤدى " أحمد[1] والأربعة[2] وابن ماجة[3] ....

فصل ويجب رد القرض.. إلخ

(أ) **قوله:** أثري ونظري، أقول أما الأثري فإنه لم يقم دليلاً إلا في العارية على ما سيصرح به وسائر ما ذكر معها إنما أقاسه عليها، فدليله نظري لا غيركما يأتي له فقوله في كل ما ذكر غير صحيح وكأنه يريد على ما قاله أهل المذهب.

---

(١) في " المسند " (٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣) .

(٢) أبو داود رقم (٣٥٦١) والترمذي رقم (١٢٦٦) وقال : حديث حسن وابن ماجه رقم (٢٤٠٠) والنسائي في " الكبرى " (٣ / ٤١١ رقم ٥٧٩٣) .

(٣) في " السنن " رقم (٢٤٠٠) وهو حديث ضعيف .

من حديث الحسن عن سمرة وسماعه منه مختلف[أ] فيه، قال قتادة ونسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه، يعني العارية، وحديث أبي أمامة مرفوعاً عند أحمد[1] وأصحاب السنن[2] إلا النسائي بلفظ: " العارية مؤداه، والدين مقضي والزعيم غارم " [٥٣٧/٣] صححه ابن حبان[3] وضعفه [ابن جرير][4] بإسماعيل بن عياش لكن أخطا لأنه من حديث أهل حمص وإسماعيل حجة في الشاميين.

قلت: والحديثان لا يدلان على المطلوب أعني إيصال ما أخذت اليد بالنقل إلى موضع الأخذ لأن التأدية عبارة عن التسليم، لقوله تعالى في الأمانة: ﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾[5]ولا يجب إرجاعها إلى موضع قبضها اتفاقاً والفقهاء[ب] يغلطون فيروون الحديث

(أ) **قوله:** مختلف [6]فيه، أقول: قد صحح سماعه منه الترمذي وابن المديني والبخاري، وغايته إن لم يصح فمرسل تابعي وهو مقبول [و][7]ادعى على قبوله الإجماع، وتدليس الحسن لا يقدح كما عرف ونسيان الحسن لا ضير فيه، وفتواه بخلافه على أن فيه تأملاً، إذ الحديث في تأدية العين المعارة والفتوى في ضمانها إذا تلفت [٥٣٧/٣].

(ب) **قوله:** والفقهاء يغلطون، أقول: منهم المصنف فإنه رواه كذلك، ولا يخفى أنه لو كان لفظ الحديث حتى ترد ما دل على الإيصال إلى موضع الأخذ، فقول الشارح فيما سيأتي مبني على الغلط يوهم أنه لو كان الحديث بلفظ الرد لكان دليلاً لمدعاهم وليس كذلك.[تم ولله جزيل الحمد وله المنة][7].

---

(١) في " المسند " (٥ / ٢٦٧) ٠

(٢) أبو داود رقم (٣٥٦٥) والترمذي رقم (١٢٦٥) وابن ماجه رقم (٢٣٩٨) ٠

(٣) في صحيحه رقم (٥٠٩٤) ٠ وهو حديث صحيح ٠

(٤) كذا في المخطوط وصوابه ابن حزم كما في " التلخيص " (٣ / ١٠٥) ٠ (٥) [سورة البقرة : ٢٨٣] ٠

(٦) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١١٧) ٠ (٧) زيادة من نسخة أخرى ٠

بلفظ حتى ترد والعارية مردودة، ولا أصل لهما بهذين اللفظين، وأما النظري فمبني على قياس غير العارية على معنى الغلط الذي وقع في لفظ حديثها على أنه لو سلم أن المراد بالتأدية الإيصال، فحديث أبي أمامة ظاهر في الفرق بينها وبين الدين والكفالة فإنه خصها بالتأدية دونهما.

وحاصل ما اعتل به المصنف في "الغيث": أن الحقوق كلها وإن وجب التخلص منها بما أمكن فلا يتعلق بالمكان في بعضها غرض لمن له الحق بخلاف ما لزم بالعقود فإن مكان العقد مما[أ] يعتاد تعلق الغرض بالقبض والإقباض فيه وهو تخيل مضمحل، لأن العقود كثيراً ما تقع في موضع لا يتعلق بالرد إليه غرض كما يقع في الأسفار والبحار وغير ذلك ولو لاحظنا غرض من له الحق لما وفّى من عليه الحق ولا ألزمناه غير ما يجب عليه لأنه[ب] لا

(أ) **قولـه:** مما يعتاد تعلق الغرض.. إلخ، أقول: هو نقل لكلام المصنف بالمعنى ولفظه بعد إيراد سؤال: لَمَ كان ما وجب بالعقد يرد إلى موضع الابتداء بخلاف ما وجب بجنايته مثلاً؟ قلت: إن موضع الجناية في غالب الأحوال لا يتعلق به غرض يقتضي تسليم الدين إليه، وإن تعلق به غرض في بعض الأحوال فذلك لأمر طار نادر، والأمور النادرة لا يكاد ينبني عليهما شيء من الأحكام بخلاف مواضع العقود من بيع وشراء [وقرض][1] فإنها في غالب الأحوال تتعلق بها الأغراض، أعني في الرد إليها لأنها في الغالب إما وطن أو في حكم الوطن من موضع تجارة أو نحوه، فافترق الحال بين موضع الجناية وموضع العقود كما ترى، انتهى. والشارح ألَمَّ بمعناه إلا أنه حذف قيد الأغلبية إلا أن أمره سهل لولا أن الشارح قد تدرج بحذفها إلى ذكر ما بيع في الأسفار والبحار مع أنه عند المصنف من المغلوب لا حكم له، ولا نقض به وإن قال الشارح كثيراً فهو غير مسلم إن أراد الأغلبية فهذا الفرق الذي ذكره المصنف لا ينبني عليه حكم شرعي.

(ب) **قولـه:** لأنه لا يجب عليه إلا التأدية، أقول: هذا محل النزاع.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٥٣٤) .

يجب عليه إلا التأدية المطلقة واشتراط[أ] الأمكنة طردي كالأزمنة وإلا لوجب أن لا يـــرد ثمن ما اشترى ليلاً إلا ليلاً ولا نهاراً إلا نهاراً والمعلوم خلاف ذلك.

ولهذا احترز بقوله: (**غالباً**) عما لو سلم المكفول بوجهه إلى موضع يمكن الاستيفاء فيه غير موضع التكفيل، فإنه يبرئ بذلك التسليم وبالجملة اشتراط الرد لـمـا تقـــدم إلى موضع القبض لا دليل عليه (**لا**) تسليم (***المعيب والوديعة والمستأجر عليه وكل دين لم يلزم بعقد والقصاص فحيث أمكن***) فمبني على أن من قبض حق الغير بمنفعة نفسه فقط كالمستعير ونحوه وجب عليه الرد بعد زوال موجب القبض إلى موضع القبض، ومن قبضه لمنفعة غيره كالوديع أو للمنفعتين كالمعيب والمستأجر عليه لم يجـــب عليـــه إلا التسليم حيث أمكن، لكن هذا وإن ناسب عقلاً فهو أمر لا برهان عليه شرعاً .

(**و**) لأنه إذا كان (**يجب قبض كل معجل**) وإن كان معقـــوداً علـــى الأجـــل تحصيلاً لبراءة ذمة من هو عليه مع كون الأجل مشروطاً في العقد وجزءاً مـــن العـــوض لاحقاً به كما تقدم للمصنف، فما ظنك بوجوب القبض في مكان لم يشرط التسليم فيه ثم

(أ) **قولـه:** إن اشتراط الأمكنة طردي، محل تأمل لاعتبارهـــا في الحـــج والعمـــرة و[في][1] أفضـــلية صلاة الفريضة في المساجد والنهي للتحـــريم، وحقيقـــة الطـــردي هـــو مـــا لا يعتـــبره الشـــارع في حال من الأحوال، وأما ذكره الزمان والليل والنـــهار فمـــا ذكـــر هنـــا علـــى أنهمـــا لـــيس من الطردي.

---

(١) زيادة من نسخة اخرى .

وجوب قبض المؤجل استدل له المصنف بما أخرجه[أ] البيهقي [1]من حديث أنس بن سيرين عن أبيه وعلقه البخاري قال: كاتبني أنس على عشرين ألف درهم فكنت في من فتح تستر فاشتريت رقة فربحت فيها فأتيت أنساً بكتابتي فلم يقبلها فأتيت بالمال عمر [رضي الله عنه][2]فأخذه ووضعه في بيت مال المسلمين، قال المصنف: ولم ينكر على عمر وفيه نظر[ب]، وأما توهم كون الحق في رد المعيب وتعجيل المؤجل حقاً للراد فقط فوهم؛ لأن المعيب مبيع وحق البائع فيه بلوغ موضع العقد، فإن كان حق المشتري وجوب قبضه على البائع فلا تنافي بين الحقين بل يجب الجمع بينهما، وكذا قد يكون الأجل غرضاً للبائع دون المشتري كما سيأتي فلا يجب عليه مخالفة غرضه ثم قبض المعجل وإن وجب فلا يجب

(أ) **قوله:** بما أخرجه البيهقي، أقول: إنما استدل المصنف بما في الانتصار أن امرأة كاتبت[3] عبداً بثلاثين ألف درهم منجمة، فأتى العبد بالمال صبة واحدة فأبت المرأة أن تقبض المال إلا في النجوم التي اشترطتها، فجاء العبد إلى عمر فقال له: هات المال فصبه العبد كاملاً فوضعه عمر فى بيت المال وأطلق العبد من الرق وأرسل إلى المرأة أن مالها قد صار في بيت المال فتأخذه أي وقت، هكذا أشار إلى الدليل في "البحر"[4] حيث قال: إلزام عمر امرأة كاتبت عبداً قبول تعجيل العبد قبل النجوم المضروبة ولم يخالفه أحد فما كان للشارح العدول عن دليله، وكأنه عدل عنه إلى ما ذكره لكونه قد أخرج في كتب الحديث بخلاف رواية الانتصار مع اتحاد المعنى.

(ب) **قوله:** وفيه نظر، أقول: لأنه ليس بإجماع غايته أنه سكوتي [5]وليس بدليل كما عرف في الأصول [٣/٥٣٨].

---

(١) في " السنن الكبرى " (١٠ / ٣٣٤).

(٢) زيادة من نسخة اخرى .

(٣) أخرجه الشافعي كما في " التلخيص " (٣ / ٧٨) وقال الحافظ : هذا الأثر ذكره الشافعي في " الأم " بلا إسناد .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٤) .

(٥) انظر : " البحر المحيط " (٤ / ٥٠١) " إرشاد الفحول " (ص ٣١٣ – ٣١٤) .

إلا قبض معجل (**مساو**) للمستحق [٥٣٨/٣] (**أو زائد**) عليه (**في الصفة**) لا في القدر فلا يجب لما فيه من تحمل المنة لكن لا يخفى أن العلة[أ] موجودة في زائد الصفة كما رد صلى الله عليه وآله وسلم بازلاً في بكر[1] وربما يعتذر بأنها منة في مقابلة منة القرض، فيسقط وهو مشترك فيلزم بطلان العلة في منع أخذ زائد القدر، فإذا كان لمن تحمل المنة رفعها عن نفسه وجب قبول الزيادة في القضاء مقداراً كانت أو صفة لتبرأ الذمة وتسقط المنة (**لا**) أنه يجب قبض المعجل (**مع خوف ضرر**) يفوت غرض (**أو**) لحوق (**غرامة**) يحتاجها إلى حلول الأجل (**ويصح**)[ب] التعجيل (**بشرط حط**

(أ) **قوله:** إن العلة موجودة في زائد الصفة، أقول: قد سبقه إلى هذا الإمام يحيى كما في "البحر"[2] في باب السلم فقال: المنة في الصفة كالمنة في العين، وأقره المصنف هنالك، ولك أن تقول خص الصفة قضاؤه صلى الله عليه وآله وسلم في البكر [1]بازلاً.

(ب) **قوله:** ويصح بشرط حط البعض، أقول: أما التعجيل بشرط الحط فنازع في جوازه ابن حزم[3]، وقال: إنه شرط باطل ليس في كتاب الله وكل شرط كذلك باطل، قال فلو عجل الذي عليه الحق بعض ما عليه بغير شرط ورغب صاحب الحق أن يضع عنه الباقي صح وكل منهما مأجور، لأنه ليس هنا شرط أصلاً، انتهى.

قلت: وبوب الحافظ البيهقي [4]للجواز بقوله باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فقبله ووضع عنه طيبة به أنفسهما، واستدل له بحديث: "من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر معسراً أو ليضع عنه " وقال: كان ابن عباس لا يرى بأساً بأن يقول: أعجل لك وتضع عني، قال[5] :وقد ورد في حديث في سنده ضعف عن ابن عباس قال: لما أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بإخراج بني

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح . (٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٤) .

(٣) في " المحلى " (٨ / ٨٣) .

(٤) في " السنن الكبرى " (٦ / ٢٧ – ٢٨) .

(٥) انظر : " المحلى " (٨ / ٨٣ – ٨٤) " السنن الكبرى " (٦ / ٢٨) .

النضير من المدينة قالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " ضعوا وتعجلوا أو قال: وتعاجلوا " ثم عقد البيهقي باباً لعدم جواز ذلك مع الشرط، وقال باب لا يجوز أن يعجله بشرط أن يضع عنه، وساق أدلة عن السلف وحديثاً [1]مرفوعاً لفظه بعد سياقه بسنده عن المقداد أنه قال: أسلفت رجلاً مائة دينار فخرج سهمي في بعث بعثه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً. وأحط لك عشرة دنانير، فقال: نعم فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: أكلت الربا يا مقداد وأطعمته، انتهى.

قلت: وجعل هذه الصورة من الشرط ظاهر في ذلك.

فائدة: قال ابن حزم في "المحلى"[2] مسألة فإن كان القرض إلى أجل ففرض عليهما أن يكتباه ويشهدا عليه عدلين فصاعداً أو رجلاً وامرأتين، فإن كانا في سفر ولم يجدا كاتباً فإن شاء الذي له الدين أن يرهن فله ذلك وليس يلزمه شيء من ذلك في الدين الحال لا في السفر ولا في الحضر برهان، ذلك قول الله عز وجل﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾[3] وساق الآية إلى آخره [ثم][4] قال وليس في أمر الله [تعالى][4] إلا الطاعة ومن قال إنه ندب فقد قال الباطل، ولا يجوز أن يقول الله تعالى فاكتبوه، فيقول القائل: لا اكتب إن شئت، ويقول الله تعالى: وأشهدوا ويقول لا أشهد، ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى الندب إلا بنص آخر ولضرورة حس وهو قول أبي سليمان وطائفة من أصحابنا وطائفة من السلف، انتهى.

قلت: والظاهر ما قاله وكان أقل الأحوال للمفرعين أنهم يذكرون أن ذلك يندب حيث قام دليل على عدم الوجوب.

---

(١) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٢٨) .

(٢) في " المحلى " (٨ / ٨٠ مسألة رقم ١١٩٨) .

(٣) [سورة البقرة : ٢٨٢] .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

البعض) خلافاً لأبي طالب [(١)] وأبي حنيفة [(٢)] ومحمد لنا أنه يلحق بالعقد الزيادة والنقص المعلومان كما تقدم، قالوا حط في مقابلة المدة فأشبه الزيادة لأجلها وهي ربا قلنا الربا الزيادة لا النقص.

(فصل)

(***ويتضيق رد الغصب ونحوه***) ما قبض من صغير أو محجور عليه (***قبل المراضاة***) للمالك وإن لم يجدد[(أ)] طلباً للغاصب، أما لو حصل[(ب)] منه رضا ببقاء الغصب في يد الغاصب بتمليك أو غيره فلا نزاع في عدم التضيق (***و***) أما (***الدين***) فإنما[(ج)] يتضيق (***بالطلب فيستحل من مطل***) أي: يطلب[(د)] البراء من الممطول .

فصل ويتضيق رد الغصب

(أ) **قوله:** وإن لم يجدد طلباً [للغاصب][(٣)]، أقول: الأولى حذف هذا وإبداله بأن يقول وإن لم يكن المنصوب عليه عالماً بالغصب فإنه يتضيق إرجاعه حتماً، وعبارته قضت بأنه يكون المغصوب عليه عالماً، وبأنه قد طلب العين من الغاصب لكنه ما جدد الطلب ولا يخفى فساد ذلك.

(ب) **قوله:** أما لو حصل منه أي مالك العين المغصوبة رضا ببقاء الغصب، أقول: بعد الرضا لا يبقى غاصباً، فهذا كالاستثناء المنقطع.

(ج) **قوله:** فإنما يتضيق بالطلب، أقول: [قالوا][(٣)] هذا ينبغي أن يكون في غير المؤجل، وأما فيه فيتضيق ببلوغ الأجل، لأن بقاءه بعد حلول الأجل عنده لا يحل إلا بإذن غريمه.

(د) **قوله:** يطلب البراء، قال المصنف: فإن قلت فلو امتنع الغريم من الإحلال ما يكون الحكم؟ قلت: متى اعتذر المطال فقد سقط عنه إثم المطل لأنه من باب الإساءات التي لا أرش فيها في المال، بل

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٤) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٧٣٨) .

(٣) " زيادة من نسخة اخرى .

(**وفـي**) الإثم بمطل (**حق الله**) كالزكاة والكفارة ونحوهـا (**الخلاف**) في أن الوجوب المطلق على الفور أو على التراخي ومحلها[أ] الأصول .

(***ويصح في الدين قبل القبض***) لا حاجة[ب] إلى هذا القيد، لأن الدين لا يكون إلا غير مقبوض .

ويصح فيه (***كل تصرف إلا رهنه***) فلا يصح سواء كان ممن هو عليه أو غيره لأن شرط الرهن التعيين والقبض ولا يوجدان في الدين.

(**ووقفه**) لأنه تحبيس الرقبة المعينة ولا تعيين (***وجعله زكاة أو رأس مال سلم أو مضاربة***) لأن شرط الزكاة التمليك الحقيقي وتمليك الدين إسقاط كما تقدم، وإما السلم فلأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ وقد تقدم منعه.

وأما المضاربة فسيأتي اشتراط عقدها على مال حاضر، إلا أنه قد تقـدم أن مـا في الذمة كالحاضر وسيأتي أنها تصح على ما في حكم الحاضر .

تسقط بالاعتذار والندم وإن لم يسقطها من اعتذر إليه ،وقوله: من المطول ومن المغصـوب عليـه، لكونه غصباً. تسقط بالاعتذار والندم وإن لم يسقطها من اعتذر إليه ،وقوله: مـن المطـول ومـن المغصوب عليه، لكونه غصباً.

(أ) **قوله:** ومحلها الأصول[1]، أقول: الذي يقوى في الأصول الفورية في الواجبات المطلقـة لا المؤقتـة فتضيق بحلول وقتها حتى لا يبقى منه بقية يسعها في الوقت الموسع.

(ب) **قولـه:** لا حاجة إلى هذا القيد، أقول: قد حذفه "الأثمار"، قال شارحه لأنها لا تظهر له فائدة إذ لا يسمى ديناً إلا قبل قبضه.

---

(١) انظر : " شرح الكوكـب المـنير " (١ / ٦٩) " الإبهـاج " (١ / ٩٧ – ٩٨) " المحصـول " (١ / ٩٦) " الإحكام " للآمدي (١ / ١٤١) .

(**و**) كذا لا يصح (***تمليكه غير الضامن***) له غريماً أو كفيلاً لأن تمليك المعدوم لا يصح وإنما صح تمليك الضامن لأن ما في[أ] ذمته كالحاضر، هذا إذا كان التمليك (***بغير وصية أو نذر أو إقرار أو حوالة***) أما لو كان بأحد هذه الوجوه صح إلى الضامن وغيره لأن هذه تقبل الجهالة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(أ) **قوله:** لأن ما في الذمة كالحاضر، أقول يأتي البحث فيه قريباً.


باب الصرف

(**باب الصرف هو بيع مخصوص**) بالذهب والفضة (**يعتبر فيه**(أ) **لفظه**(١) **أو أي ألفاظ البيع**) لأن اسم الأعم يطلق على الأخص [٥٣٩/٣] .

(أ) **باب الصرف قال:** يعتبر فيه لفظه أو لفظ البيع، أقول: هذا أحد شروطه، والشارح أهمل الاستدلال عليه وذكر الخلاف فيه، فإنه خالف المؤيد قائلاً إنه يعتبر فيه لفظ الصرف لا غير وقد استدل له المصنف فى "البحر"(٢) فى ضمن الرد على المؤيد بالله، فقال: عقد معاوضة فجاز بغير لفظه كالبيع وقول ابن عمر فيأخذ عوض الدنانير دراهم بلفظ الأخذ إلا أنه قال عليه "المنار"(٣) هذا إن صح الاحتجاج به على عدم لزوم الصرف صح الاحتجاج به على عدم لزوم ألفاظ البيع كلها، لأنه لم يرد في الحديث ولتعقد الصرف بلفظ الأخذ بل اكتفى بالأمر بالأخذ وسكت عن العقد، انتهى.

قلت: وحديث ابن عمر (٤)ليس فيه إلا إخباره أنه يبيع الإبل بالدنانير ويأخذ الدراهم، ويبيع بالدراهم ويأخذ الدنانير، هذا لفظه في الجامع وله ألفاظ ولا تعرض فيه للفظ، والمصطفى صلى الله عليه وآله وسلم لم يجب عليه إلا شرط ألا يفترقا وبينهما شيء ويظهر أنه من باب القضاء بما في الذمة، وأنه لا يشترط المجلس لا أنه من باب البيع ولا باب الصرف [٥٣٩/٣].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٠) : قد عرفت مما قدمنا في البيع أن اعتبار اللفظ المخصوص لا أصل له وأن البيع المأذون فيه بقوله عزوجل ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] هو ماذكره في قوله تعالى ﴿ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ ﴾ [النساء : ٢٩] فإذا حصل التراضي فقد وجد المناط الشرعي ولو بمجرد المقايضة من غير لفظ أو إشارة من قادر على النطق .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٦) .

(٣) (٢ / ٥٨) .

(٤) تقدم وهو حديث ضعيف .

(**و**) يعتبر (**في متفقي الجنس والتقدير**) لا حاجة إلى ذكر التقدير هنا لأن[أ] الكلام في متفقيه وإنما يحتاج إلى ذكره في (**ما مر**) لأنه كلام في الربويات كلها ثم لا وجه لتخصيص متفقيهما باعتبار ما مر بل اعتبار ما مر في مختلفي أحدهما ثابت هنا أيضاً أعني جواز[ب] التفاضل لا النساء (**إلا**) أنه لا يعتبر في الصرف (**الملك**) لأحد البدلين (**حال العقد** [1]) فيصح صرف غصب أو معدوم حال الصرف ثم يحصل ملكهما

(أ) **قوله:** لأن الكلام في متفقيه، أقول: حقيقة الصرف بيع الذهب أو الفضة بذهب أو فضة كما في "البحر"، ولا يكونان إلا متفقي التقدير إلا أنه لا يخفى أنه لا يعرف إلا من التشريع، وهذا الكتاب موضوع لبيانه.

(ب) **قوله:** أعني: جواز التفاضل لا النساء، أقول: ظاهره أنه تفسير لقوله ما مر وفسره المصنف بقوله من الشروط في الربويات، وهي الملك والحلول وتيقن التساوي حال العقد والتقابض في المجلس، وإن طال أو انتقل البيعان كما مر، انتهى.

نعم هذا الاعتبار لا يختص به متفقا الجنس والتقدير، بل هو شرط مع اختلاف الجنس كالذهب والفضة وعكسه، أما التقدير فلا [ولا] [2]يختلفان فيه أصلاً، فإنه قال في "البحر"[3] [أن][2] المماثلة تعرف فيهما بالوزن إجماعاً، فمراد الشارح بأحدها هو الجنس وقد حذف الأثمار والفتح لفظي الجنس والتقدير [متفقا الجنس والتقدير بل هو شرط مع اختلاف الجنس كالذهب والفضة وعكسه أما التقدير][2] بالكلية لأنه قد عرف أن الصرف إنما هو اسم لبيع الذهب والفضة بالآخر وعكسه، فتقديرهما ليس إلا بالوزن إذ لا تعرف المماثلة فيهما بغيره وفيه ما سلف، وأما الجنس فلا حكم لاختلافه، وبه تعرف عدم مطابقة تفسير الشارح لما مر، وإن كان ما قاله صحيحاً إلا أنه غير مراد هنا، وشارح "الأثمار" ما وفى هذا المقام حقه خلاف عادته.

---

(١) فلا بد من تقييد ذلك بحصول التقابض في مجلس العقد قبل التفرق وإلا كان ذلك نساء وهو ربا كما تقدم في حديث " إنما الربا في النسيئة " وفي حديث : " إذا كان يحصل يداً بيد " وفي حديث " إذا لم تتفرقا وبينكما شيء . " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٠ – ٧٠١) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى . (٣) انظر : " شرح الأزهار " (٦ / ٥٣٩) .

وحضورهما قبل انقضاء المجلس خلافاً للناصر[١] والثوري[٢] وبعض الفقهاء، لنا قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر حين قال له: " إني أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء تقدم " .

قالوا : مخالف للأصول لأنه من بيع ما لا يضمن ولا يقبض، ولو سلم فلأن ما في الذمة كالحاضر المقبوض وإلا لم يكن لاعتبار الملك في الربويات، وعدم اعتباره في الصرف وجه فرق إذا لكل بيع والحق ما قدمناه لك من أن منع ابن عمر من أن يفترقا وبينهما شيء إنما كان لأنهما إذا تراضيا على إبدال الجنس بغير جنسه وتفرقا قبل البدل صار من[أ] بيع الكالئ بالكالئ (**فإن اختل أحدهما**) إما الحلول[ب] أو تيقن التساوي أو التقابض في المجلس (**بطل**) الصرف إن لم يطرح الزيادة اتفاقاً، وإن طرحت صح عند أبي حنيفة[٣]، لنا عقد واحد فلا يتبعض بطلانه .

قالوا : يأباه قولكم (**أو حصته**) كما لو اختل أحدهما في بعض ما وقع فيه التصارف بأن لا يقع التقابض في كل ما شمله العقد بل في بعضه أو لا يساوي ذلك البعض

(أ) **قوله:** صار من بيع الكالئ بالكالئ، أقول: وهو منهي عنه هذا قريب ما لم يقل إنما في الذمة كالحاضر وفي "البحر"[٤] عن العترة جواز صرف ما في الذمة، ويأتي قريباً.

(ب) **قوله:** إما الحلول.. إلخ، أقول: هذا الثلاثة هي التي أريدت بما مر فيما مرّ، وقد رجع الشارح هنا إلى الصواب وهذه شروط كلها مع اتحاد الجنس لا مع اختلافه، فإنه يجوز التفاضل ولا يشترط تيقن التساوي.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٦) .

(٢) " موسوعة فقه سفيان الثوري " (ص ٢٣١) .

(٣) " شرح فتح القدير " (٦ / ٢٦٥) .

(٤) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٦) .

ما قابله بأن يكون في بعض البدلين ما هو رديء عين دون الآخر فإنكم لا تبطلون العقـــد فيلزمكم[أ] قول مالك[1] والشافعي[2] أنه يبطل في الجميع إذ العقد واحد لا يتبعض، وإذا بطل عقد الصرف (***فيترادان ما لم***[ب] ***يخرج عن اليد وإلا***) أي وإن كان قد خرج أحدهما أو كلاهما عن اليد (***فالمثل***) هو الواجب رده إذا كان التعـــاوض في النقـــدين المضروبين (***أو***) رد (***العين في غيرهما***) من تبر أو حلى أو سبائك بناء علـــى أنـــه

(أ) **قولـه:** فيلزمكم قول مالك والشافعي، أقول: قد أشار المصنف إلى هذا وأجاب عنه حيث قال: فإن قلت هلا بطل جميعه لأنه في التحقيق صرف خمسة بأربعة ومن صرف خمسة بأربعة كان العقد كلــه باطلاً.

قلت: الفرق بينهما أنه هنا قد وقع العقد على وجه الصحة، وذلك أنه صرف خمسة بخمسة وهـــذا صرف صحيح، ولو كانت الخمسة معدومة أو بعضها والزائف في حكم المعـــدوم بخـــلاف صـــرف الخمسة بأربعة، فالعقد غير صحيح من أصله، وقد عرفت عدم صحة قول الشارح آنفاً، قالوا يأبـــاه قولكم.. إلخ.

(ب) **قولـه:** ما لم يخرج، أقول: ولا يمكن استفداؤه كما يدل له قوله ما لم تستهلك، والخـــروج عـــن اليد[3] لا يكفي، وفي "الفتح" ويترادان فيستفدي ما خرج من اليد، و"المنار "[4]ردد الخـــروج بـــين الاحتمالين.

واعلم أن هنا جعل الخروج مسوغاً لا بداله بمثله، وفي الغصب اشترط لتسويغه خروجه عن الملك، قالوا :لأنه هنا مقبوض برضا مالكه بخلاف الغصب ذكر ذلك شارح "الفتح" عن مؤلف "الأثمـــار"، ويأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

---

(١) "مدونة الفقه المالكي وأدلته" (٣ / ٢٧٣) " التمهيد " (٢٤ / ١٠٤) " عيون المجالس " (٣ / ١٥٢٣) .

(٢) " الأم " (٤ / ٢٦٠ – ٢٦١) .

(٣) " شرح الأزهار " (٦ / ٥٤٣) .

(٤) (٢ / ٦٠) .

يصير باختلال شرط غصباً يجب رده بعينه (***ما لم تستهلك***) بذهاب العين بالأصالة بأن خلطت[أ] بغيرها .

وقد عرفت فيما مضى أن الحق أنه فاسد يملك بالقبض كما اختاره المصنف، وأما على قول أبي طالب أنه باطل فالفرق بين النقد وغيره عنده أن النقد[ب] لا يتعين في العقود، فإذا خرج عن اليد كان خروجه استهلاكاً له لضعف تعينه، وكل ذلك وقوف مع المشية لا مع علة شرعية .

(***فإن أراد تصحيحه***) أي: تصحيح الباطل (***ترادا الزيادة وجددا العقد***) وقال أبو حنيفة[1] : لا يحتاج إلى تجديد عقد بل يكفي طرح الزيادة وقد تقدم، ويجب

(أ) **قوله:** بأن خلطت بغيرها، أقول: إشارة إلى سؤال وجواب أورده المصنف حيث قال: فإن قلت: فكيف يصح استهلاك السبيكة وهي إن صيغت حلية أو خلطت بغيرها فهي غير مستهلكة؟ قلت: مهما أمكن ردها بعينها فليست بسبيكة، أما لو خلطت بأن سبكت مع غيرها فلا إشكال هنا أنه متعذر ردها بعينها، إذ لا تتميز لاختلاط أجزائها بأجزاء مال الغير، فلا يجب الاستفداء حينئذ ولا يجب إلا حيث يمكن ردها بعينها، وهذا هنا غير ممكن، فهي في حكم المستهلكة وإن لم يكن هذا الخلط يوجب الملك للخالط لكونه خلط مثلي بمثلي لكنه لا يوجب الرد للعين هنا للتعذر.

(ب) **قوله:** إن النقد لا يتعين، أقول: اختار "المنار"[2] تعينه والمصنف وعد بتحقيقه إلى الغصب فيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٦٣٠ – ٦٣١) .

(٢) (٢ / ٦٠) .

تجديد العقد وإن كانت العين قد تلفت لأنها في الذمة (**وما[أ] في الذمة كالحاضر[1]**) لكن هذا إنما يتمشى مع عدم[ب] تلف البدلين معاً [٣/٥٤٠] وإلا عاد من بيع الكالئ بالكالئ.

(أ) **قولـه:** وما في الذمة كالحاضر، أقول: وسواء كان البدلان معاً في الذمة أو أحدهما حاضر والآخر في الذمة فالصرف يصح في الصورتين.

(ب) **قولـه:** مع عدم تلف البدلين معاً، أقول: لم يقيد المصنف هذا في "البحر"[2] بما ذكره بل فيه العترة، وأبو حنيفة[3] وأصحابه وأحد قولي الشافعي[4] وعن مالك[5] بصح صرف ما في الذمة بما في الذمة اتفق الجنس أم اختلف، وما في الذمة كالمقبوض بدليل صحة التصرف فيه إلى من هو إليه وأحد قولي الشافعي وعن مالك لا إذ هو بيع كالئ بكالئ قد نهى عنه .

وأجاب عنه المصنف بأن المراد بذلك بيع النساء بالنساء كبيع طعام معدوم بدين، وفي "نهاية المجتهد"[6] واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار ". (٢ / ٧٠١) :

هذه الكلية محتاجة إلى دليل على تخصيص ماورد من الأحاديث الصحيحة المصرحة بمثل قوله : " إلا يداً بيد " ومثل قوله " إلا ها وها " وسائر ما ورد في هذا المعنى هذا مع الاتفاق في الجنس والتقدير ومع الاختلاف كالذهب بالفضة ، ونحو ذلك ما ورد فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم : " فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد " ولم يثبت مايدب على خلاف ذلك ، فالواجب الوقوف على ما تقتضيه الأدلة وعدم التخصيص لها بمجرد الرأي القائل والاجتهاد العاطل ، وهذا على تقدير أن أحد البدلين حاضر أما لو كانا جميعاً في الذمة كان ذلك من بيع الكالئ بالكالئ وقد تقدم النهي عنه .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٦) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٦١٦ – ٦١٧) .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ١٧٩ – ١٨٠) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٨٠ – ٣٨١) .

(٦) (٣ / ٣٨٠ – ٣٨١) .

يصرفها وهي في الذمة؟ فقال مالك: ذلك جائز إذا كانا قد حلى معاً، وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وغير الحال، وقال الشافعي والليث لا يجوز حلا أم لم يحلا.

وحجة من لم يجزه أنه قد نهي عن بيع غائب بناجز، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب.

وأما مالك فأقام حلول الأجلين مقام الناجز بالناجز، وإنما اشترط أن يكونا حالين لئلا يكون من بيع الدين بالدين، انتهى.

وكما قد صحح صرف ما في الذمة لما في الذمة يصح أيضاً صرف ما في الذمة بحاضر إلا أن يكون ثمن صرف أو سلم إذ لا يتصرف فيهما قبل قبضهما بحال.

واعلم أن دليلهم على أن ما في الذمة كالحاضر حديث ابن عمر(1)، قال المصنف في "الغيث": حجتنا حديث ابن عمر وهو أنه قال يا رسول الله إني أبيع بالذهب وآخذ الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم، فقال: لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء فدل على أن ما في الذمة كالحاضر وعلى أن التفرق هو المبطل دون القيام من المجلس، انتهى.

وبهذا الحديث رد المصنف على مالك اشتراط حلول الدين في جواز صرف ما في الذمة بحاضر أو بما في الذمة، قال المصنف: إنه يسلم لمالك ذلك الشرط وإن لم يحل الأجل في المجلس وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا بأس إلا أنه أورد على المصنف "المنار" أن حديث ابن عمر فيه بعض البدلين حاضر والآخر في الذمة وفي هذه الجملة ليس شيء من البدلين بحاضر ولا في الذمة.

قلت: كأنه يرى أن الدين قبل حلوله ليس في الذمة فينظر، واعلم أنه قد عورض حديث ابن [٣/٥٤٠] عمر بحديث أبي سعيد(2) وغيره لا تبيعوا منها ناجزاً بغائب وهذا الحديث ذكره في النهاية ولم ينسبه لأحد وهو متفق عليه(2) من حديث أبي سعيد أوله " لا تبيعوا الذهب بالذهب " ويمكن الجمع بين الحديثين بأن ما في الذمة ليس بغائب.

---

(1) تقدم وهو حديث ضعيف.

(2) أخرجه البخاري رقم (٢١٧٧) ومسلم رقم (٧٥ / ١٥٨٤) وقد تقدم.

فصل[أ]

(**ومتى انكشف في أحد النقدين رديء عين**) لأنه انكشف نحاساً أو رصاصاً

واعلم أنهم لم يجعلوا ما في الذمة كالحاضر من كل وجه كما عرفت في الفصل الذي قبل باب الصرف، بل تارة يجعلونه كذاك وتارة يمنعونه فليحرر البحث إن شاء الله تعالى.

(أ) **فصل:** ومتى انكشف في أحد النقدين.. إلخ، أقول: في "نهاية المجتهد"[1] واختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير، ثم وجد فيها درهماً زائفاً فأراد رده، قال مالك ينتقض الصرف وإن كانت دنانير كثيرة انتقض فيها دينار بدرهم فما فوقه إلى صرف دينار، فإن زاد درهم على دينار انتقض منه دينار آخر، وكذا قال فإن رضي بالدرهم الزائف لم ينتقض من الصرف شيء، وقال أبو حنيفة: لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله، إلا أن يكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فإن ردها يبطل الصرف في المردودة.

والحاصل أن في المسألة أربعة أقوال.

بطلان الصرف مطلقاً عند الرد.

وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل.

وقول بالفرق بين القليل والكثير.

وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له.

وسبب الخلاف في هذه المسألة هل الغلبة مؤثرة على التأخير أو غير مؤثرة؟ وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل والكثير، انتهى. وإنما نقلناه لجمعه الأقوال وذكر منشأ الخلاف والمراد بالتأخير التأخير من مجلس الصرف.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٧٨).

(**أو**) رديء (**جنس** [1]) لأن فضته أو ذهبه انكشفت فيه قسوة أو نحو ذلك من عيوب الجوهرين (**بطل**) من الصرف (**بقدره**) وهذا تكرير لقوله أو حصته، وكأنه أعاده ليرتب عليه الاستثناء بقوله: (***إلا أن يبدل الأول***) وهو رديء العين (***في مجلس الصرف فقط***) تشبيهاً له بالغائب عن مجلس العقد .

(**و**) أما (***الثاني***) وهو رديء الجنس فإنه لا يبطل الصرف إذا أبدل (**فيه**) أي في مجلس الصرف (**مطلقاً**) سواء علمه حال العقد أو لم يعلمه، وسواء شرط رده أو لم يشرطه لأنه ليس إلا عيباً، فمعنى بطلان الصرف فيه أن له رده لإبداله فيه (***أو في مجلس***[أ] ***الرد إن رد ولم يكن قد علمه***) قوله (**فيلزم**) . . . .

(أ) **قوله:** أو [في] [2]مجلس الرد، أقول: عطف على المجرور في فيه بشرطه أي لا يبطل الصرف إن أبدل في مجلس الصرف أو أبدل في مجلس الرد، ورد بأنه لا يبطل الصرف بل يجب إبداله مقيداً لزوم الإبدال بعدم علم الصارف برديء الجنس عند العقد، فإنه لا يجب إبداله بل يلزمه رديء الجنس ويصح الصرف .

وفي "الغيث" أن مجلس الرد أول مجلس يتفقان فيه بعد التفرق، والعلم بالرداءة فإذا رد فيه رديء الجنس لزم وإبداله وصح الصرف، فإن لم يبدل بطل بقدره إن تعذر إجباره ولم يرض خصمه، كما

---

(١) الأدلة قد أوجبت التقابض في المجلس مع الاتفاق كالذهب بالذهب والفضة بالفضة من غير فرق بين جيد ورديء ، فإذا انكشف لأحد المتصارفين ، بعد المجلس رداءة ما صار إليه فله فسخه بخيار العيب بدليله السابق فيرد القابض للجيد ما يقابل ذلك الرديء من الجيد الذي قبضه من صاحب الرديء إذا كان الذي انكشفت رداءته هو بعض ما صار إليه ، فإن كان ردئنا كله فله رده كله بالعيب ، ويرد صاحب الرديء جميع ما قبضه من الجيد ويبطل الصرف الواقع بينهما ، وهكذا ينبغي أن يقال في هذا الفصل ، وبه يتضح ما هو الصواب ، وإذا أراد إبدال الرديء بجيد فلا يجوز ذلك إلا في مجلس الصرف من غير فرق بين رديء لجنس والعين فإن تفرقا وقد قبض صاحب الرديء رديئه أو بعضه وترك جيده عند المصارف له فقد وقعا في الربا ولا استدارك إلا بالتراد ثم التصارف والتقابض في المجلس .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٢) .

(٢) زيادة من نسخة اخرى .

. . . .

في "الفتح" فإن رضي صح.

وقد أشرنا إلى ذلك بقولنا: إن رد أي فإن لم يرد صح الصرف وإنما صح هنا الإبدال بعد التفرق، لأنه من باب الرد بالعيب، والعقد في أصله صحيح إذ هو فضة بفضة بخلاف رديء العين فإنه مختل شرط وهو فقد التقابض، وإنما يلزمه إن رد ولم يكن قد علمه أما إذا كان قد علم عند العقد أن في الدراهم رديء جنس لم يكن له الرد بعد ذلك فيلزم، كما لو اشترى شيئاً عالماً بعيبه فإنه يلزمه، انتهى. ومنه تعرف أن المصنف جعل فيلزم عطفاً على جزاء شرط مقدر دل عليه ما قبله أعني قوله: ولم يكن قد علمه كما ترى في رفو عبارته بقوله: فأما إذا كان قد علم أن في الدرهم رديء جنس لم يكن له الرد بعد ذلك، فيلزم أي الرديء ويصح الصرف كالرضا بعيب العين المشتراة بعد العلم بعيبها فإنه يلزمه كذلك يلزم الرديء لتقدم العلم به.

ثم قال المصنف وحاصل المسألة أنه لا يخلو إما أن يجد فيها رديئاً أو لا إن لم يجد صح وذلك ظاهر، وأما إن وجد فيها رديئاً فإما أن يبدله في المجلس أو لا، إن أبدله صح مطلقاً سواء كان رديء عين أو رديء جنس، لأنها لا تتعين وكان الصرف وقع على شيء في الذمة، فإن لم يبدل في مجلس الصرف فإما أن يكون رديء عين أو رديء جنس كالفضة الرديئة إن كان رديء عين بطل بقدره لأجل عدم القبض في المجلس وإلا فعقد الصرف صحيح في أصله، وإن كان رديء جنس فإما أن يقبضه عالماً برداءته أو جاهلاً إن كان عالماً كان قبضه رضا بالعيب، وإن كان جاهلاً فإما أن يبدله في مجلس الرد أم لا، إن أبدله صح الصرف لأنهما قد افترقا بعد التقابض وإن لم يبدله في مجلس الصرف بطل بقدره، انتهى.

وقد أفاده ما سلف من كلامه إلا أنا أردنا زيادة الإيضاح كما أراده.

عطف(أ) على رد وضمير يلزم للإبدال (**أو شرط**) عطف على علمه ليكون(ب) المعنى أنه يلزم الإبدال إذا رد ولم يكن قد علم ولا شرط (**رده فافترقا مجوزاً له**) أي لـــرديء

(أ) **قولـه:** عطف على رد، أقول: قد عرفت مراده أيضاً وعلى كلام الشارح فالمعنى لا يبطـــل إذا رده في مجلس الرد فيلزم الإبدال، وهو في نفسه صحيح إلا أن قوله ولم يكن قد علمه حال مقيد لعـــدم البطلان اللازم منه لزوم الإبدال، وكذلك قوله أو شرط رده لأنه عطف على علمه وهو مـــدخول النفي أي ولم يكن شرط رده حينئذ فعدم البطلان ولزوم الرد لا يكون إلا مع عدم علم الصـــارف بالرديء وعدم شرط رده ومع جعل فيلزم عطفاً على رد يكون قوله فيرضى أو يفسخ جواب قولـــه لم يكن قد علمه أو شرط، ولا يخفى فساده فإن التخيير بين الرضا والفسخ إنما يكون مـــع الشـــرط وإن كان سيأتي للشارح خلاف هذا ونتبه عليه، وأما مع العلم فلا يكون الحكم إلا لزوم الـــرديء وصحة الصرف.

إذا عرفت هذا عرفت أن جعله عطفاً على رد في عبارة المصنف فاسد من جهة أنه صرف عن المحتاج إليه وجعله للمستغني عنه .

أما الثاني [فإن][1] فلأن لزوم الإبدال قد علم من كونه لم يبطل الصرف مع الرد في مجلس الرد فإن عدم الإبطال يلزم منه الإبدال للرديء، وأما الأول فإنه مع جهله عطفاً على رد يكـــون المـــراد أن حكمه إذا كان عالماً الرضا أو الفسخ وهو غير صحيح، وبه تعرف أن تفسير المصنف يـــتعين وبـــأن أهل مكة أدرى بشعابها.

(ب) **قولـه:** ليكون المعنى أنه [لا][1] يلزم الإبدال إذا رد ولم يكن قد علم ولا شرط، أقول: لا شـــك أن المعنى الذي أراده المصنف هو هذا سواء جعل فيلزم عطفاً على رد لولا المانع منه أو على جـــزاء شرط مقدر كما يفهمه تعليل الشارح أنه لا يكون كذلك، إلا إذا عطف على رد لكنه لا يخفاك أنه يلزم فساد مفهوم حكم القيدين بجعله التراضي أو الفسخ وهو حكم للأخير فقـــط، كمـــا عرفـــت وستعرف أن الشارح قد عطل كلام المصنف عن بيان حكم مفهوم القيدين معاً.

---

(1) زيادة من نسخة أخرى .

الجنس (*أو قاطعاً*) بوجوده، وقال المؤيد[1] بالله[أ] لا يلزم الإبدال مطلقاً في مجلس الصرف ولا [في][2] غيره لأن رداءة الجنس عيب لا زيادة، فإذا أطلع عليه كان له الخيار (*فيرضى أو يفسخ*) لا غير ولا يخفى أن عبارة المصنف في هذا المقام مما يفتقر[ب] إلى

(أ) **قولـه:** وقال المؤيد بالله إلى قوله لا غير، أقول: قد جعل التخيير بين الفسخ والرضا بياناً لكلام المؤيد، وأعرض عن بيان مراد المصنف، وعن دفع الخلل الوارد على تفسيره لكلام المصنف بأنه قد لزم إهمال [حكم][2] مفهوم القيدين على تقدير أنه لبيان كلام المؤيد وهو خروج عن مراد المصنف بالكلية وتقديره أنه إذا اشترط الصارف رد الرديء ففارق المصروف منه مجوزاً وجود الرديء فيما سلمه إليه أو قاطعاً فله الخيار بعد ذلك، أما أن يرضى [٥٤١/٣] الرديء أو يفسخ عقد الصرف، ولفظه إذا شرط رد الرديء بطل وجوب الإبدال إذا افترقا وهو مجوز لوجود الرديء أو قاطعاً بوجوده وسواء علم به عند العقد أم لا لكنه في هذه الصورة لا يلزمه وإن علم به لكونه قد شرط رده فيرضى به أو يفسخ بخلاف المسألة الأولى فإنه يلزمه إذا علم كما تقدم، انتهى. وقد أطال البحث في الغيث غاية الإطالة، ومقصودنا بيان مراد المصنف لما أهمله الشارح وعطل كلامه في بيان المفهومين وجعل ما ذكره المصنف من حكم الشرط بياناً لمراد المؤيد فجعل كلام المصنف على غير ماله أراد وعراه عمَّا له قصد وأفاد.

(ب) **قولـه:** مما يفتقر إلى وحي وتنزيل، أقول: أي فهم المراد منها يحتاج إلى ذلك فمراده أنها من علم غيب لا يعلم إلا بوحي، فهو كناية عن عدم إفادتها ما أرده منها قائلها، وهذه مبالغة كثيراً ما تأتي في عبارات أهل الحدة.

واعلم أنه قد نبه شارح الفتح على ما في عبارة "الأزهار" من الانغلاق حيث قال مبيناً لمفهوم أول مجلس، ومفهوم جهل الصارف للرديء عند العقد لا في غيره أي في غير أول مجلس يتفقان فيه فيخير بين فسخ الرديء أو الرضا به، ولا رد ولا إبدال هنا لأنه من باب الرد بالعيب محضاً وإلا لو علمه أي الرديء حال العقد فيلزم الصرف ويمتنع الرد إذ يصير كما لو اشترى شيئاً عالماً بعيبه

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٧) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

فالفاء هنا على بابها وظاهرها، وأما الفاء التي في "الأزهار" في قوله ولم يكن قد علم فيلزم، فهي بمعنى حتى يلزم الصرف ويمتنع الرد ولو كان عالماً لكن لم يعلم فثبت الرد كذلك فهي سببية، انتهى. فعبارة "الأزهار" على هذا لم تنهض بسببية علمه إلى لزوم الصرف وامتناع الرد، وهذا صحيح إلا أن جعلها عاطفة على جزاء الشرط كما بينه في "الغيث" عند رفوه العبارة أولا وعلى التقديرين فضمير يلزم للصرف اللازم له قبول الرديء ولم يقل أحد أنه عطف على الرد غير الشارح، وقد عرفت فساده بما أسلفناه من التطويل، وقد وصى شارح "الفتح" بتحقيق النظر في هذه المسألة، وقد أوضحنا لك مرادهم غاية الإيضاح، وبقي في النفس أن أحاديث مثلاً بمثل يداً بيد سواء بسواء[1] وحديث أبي سعيد[2] وأبي هريرة[2] الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا نشتري الصاع بالصاعين من الجمع والجمع هو الذي جمع جيداً ورديئاً ووسطاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو تبيعوا هذا وتشتروا بثمنه من هذا " انتهى. فنهى [النبي][3] صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الرديء بالجيد غير متماثلين وهذه الفضة الرديئة الجنس هي كالتمر الرديء فلا يجوز في الصرف بجنسها غير رديئة أصلاً لعدم التماثل.

وأما قولهم صرف فضة بفضة فمجرد الاسم لا يعتبر كما لم يعتبره شارع الأحكام في التمرين، هذا في رديء الجنس، وأما قولهم رديء العين كنحاس بفضة فهذا لا يصح فيه صرف بل هو بيع فضة بنحاس إن رضيه صاحب الفضة كان بيعاً صحيحاً ولا يدخل في باب الصرف ولا الربويات، فليتأمل فهذه الفروع التي فرغنا من الخوض فيها لا تجري على أحاديث الربا والصرف.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٢٠١) و (٢٢٠٢) ومسلم رقم (٩٤ / ١٥٩٣) والنسائي رقم (٤٥٥٣) والدارقطني (٣ / ١٧ رقم ٥٤ ، ٥٧) والبيهقي (٥ / ٢٨٥ ، ٢٩١) . وهو حديث صحيح .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

وحي وتزيل ولهذا وهم الشارح فجعل ضمير يلزم للرديء وفساده يحتاج إلى تطويل يغني عنه علم الناظر بأساليب التعبير.

(**فإن كان**) رداءة الجنس حصلت (**لتكحيل**) وأحبَّا تتميم الصرف فيه.

(فصل)

التكحيل (***إن أمكن وبطل***) من الصرف (**بقدره**) لكن لا يخفى أن الكـــلام في رداءة الجنس والفرض أن المكحل ليس برديء جنس وإنما الرديء هو الكحل وهو ليس بجنس فلا يصلح الكلام فيه إلا في مسائل الاعتبار كما تقدم (**وإلا**) يمكن فصله كما في المزبق (***ففي الكل***) يبطل الصرف والقياس عدم بطلانه، لأن زيادة غير المزبق على مـــا يقابله [٥٤١/٣] من جنسه يكون في مقابلة التزبيق.

فصل

(**ولا تصححه**[أ] ***الجريرة***) وهي ما يدخل مع الناقص قدر المساوي جنساً من

(أ) **فصل:** ولا تصححه الجريرة، أقول: الجريرة الذنب والجناية كما في "القاموس"[١] ومثله في "النهاية"[٢] فاستعمالها في هذا المعنى كأنه عرفي، وفي البحر من كلام ابن عباس: "إياك أن تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة"، عزاه مخرجه إلى أصول الأحكام ولم نره في غيره.

واعلم أنه ذكر في "المنار"[٣] في تصحيح الجريرة إذا كانت مساوية أنه الحق، ورد أدلة من قال أنها تصححه مطلقاً، وإن لم تكن مساوية إلا أنه ذكر أن أهل المذهب قرروا هذه القاعدة أي اشتراط المساواة ثم ناقضوا ذلك في مسائل الاعتبار وغيرها، ومن ذلك قوله في الأزهار فإن صحب أحد المثلين غيره ذو قيمة غلب المنفرد. انتهى .

قلت: قد تنبه "الغيث " لما أشار إليه "المنار"، فقال: تنبيه اعلم أن كلام الأزهار يقتضي أنه لا يجب في الزيادة التي يغلب بها المنفرد أن تكون مساوية في التقويم لما صاحب الجنس الآخر، بل تصح زيادة قيمتها عليه ونقصانها، وهذا ذكره السيد وقيل لا بد أن تكون مساوية كما ذكروا في الجريرة في الصرف .

وقد روي أن الفقيه رجع إلى مثل كلام السيد ح[٤] وهو الأظهر لأنا لو شرطنا أن يتساويا في القيمة ارتفع الخلاف بيننا وبين الشافعي، انتهى.

قلت: ولا يخفى ضعف ما اعتل به الإمام، وفي شرح "الأثمار" بعد نقله لكلام "الغيث" قيل: الفرق أنهم قصدوا الحيلة هنا في الربا، وهناك لم يقصدوا ذلك، فإن قصدوا ذلك حرم في الجميع وإن لم يقصدوا جاز في الجميع، انتهى.

قلت: وهو عائد إلى تأثير القصد في مسائل الربا ولا يخفى أنه لا يتم كون الكل مثلاً بمثل إلا باشتراط المساواة.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ٤٦٤) .

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٢٥٣) .

(٣) (٢ / ٥٨) .

(٤) في " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٥٥٤) الفقيه يحيى بن حسن البحيبح .

. . . .

ومن هنا يعلم أن هذا الصرف الواقع الآن في اليمن في سنة خمسين ومائة وألف وما قابله من الأزمنة التي عرفناها، ومثله في مكة وغيرها مما عرفناه وسمعنا به لا يخلو عن الجريرة في العين المصروفة والعين المأخوذة في مقابلها، إلا أنها فيها غير متساوية.

فإن النحاس في الدراهم التي يصرف بها القروش لا يتحقق فيها المساواة، لما قابلها فيه من الفضة بل المعلوم خلافه.

نعم. في شرح "الأثمار "و"الغيث" عن الفقيه [1]ح أنها إذا كانت الجريرة من كلا الطرفين فإنه جائز وفاقاً، ويقابل كل جنس الجنس الآخر، فعلى هذا يصح هذا الصرف للقروش بالدراهم المعدودة المغشوشة لأن النحاس في القروش، وفيها أيضاً وإن كان نحاسها أكثر وهو الذي تقدم في مسائل الاعتبار حيث قال: ولا يلزم إن صحبهما وقد ذكر وجه ذلك في "الغيث".

قلت: إلا أنه لم يظهر قوة دليله فإنه إن لم يتساوا الجنسان فقد باع الفضة بالفضة مثلاً متفاضلاً وهو الربا، هذا والمؤيد[2] وأبو حنيفة [3]أجازا بيع دينار في خريطة بمائة دينار.

قلت: ويعكر عليهما خبر [4]القلادة وقد تقدم في شرح قوله فإن صحب أحد المثلين .

واستدل به الشافعي لمنع مسائل الاعتبار، وأجاب الشارح عليه بأنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عنه لعدم غلبة المنفرد، يعني بل كانت الغلبة هنا للمصحوب بالجريرة وهو الخرز، ولا يخفى بعد هذا

---

(١) في " شرح الأزهار " (لابن مفتاح (٦ / ٥٥٤) الفقيه يحيى بن حسن البحيبح .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٨٩ - ٣٩٠) .

(٣) " بدائع الصنائع " (٥ / ١٩٥) " شرح فتح القدير " (٧ / ١٣٥) .

(٤) أخرجه مسلم رقم (٩٠ / ١٥٩١) وأبو داود رقم (٣٣٥٢) والترمذي رقم (١٢٥٥) والنسائي رقم (٤٥٧٣) والطحاوي في " شرح مشكل الآثار " (٦٠٩٤) وابن نافع في " معجم الصحابة " (٢ / ٣٢٣) والطبراني في " الكبير " (ج ١٨ رقم ٧٧٤) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٩٣) من حديث فضالة بن عبيد وهو حديث صحيح .

الجواب فإنه صلى الله عليه وآله وسلم في مقام التعليم ولو كانت العلة ذلك لذكرها، بل قال: " لا يباع حتى تفصل "[1] فحديث القلادة ظاهر في عدم تصحيح الجريرة ساوت أو لم تساو.

واعلم أن صاحب المنار [زاد][2] كلاماً في "أبحاثه "[3]في الصرف رأينا تتميم الإفادة بنقله، قال بعد كلام هل يجوز صرف الفضة بالفضة جزافاً مع التحليل والتطيب؟ قلت: ذكر بعض الشافعية أن مع التصريح بتطييب الزايد أنه لا خلاف فيه، أو قال لا كلام في جوازه، فإن قلت يلزم من هذا إبطال المقصد الشرعي في الربا إذ كل صورة يمكن فيها ذلك، قلت: قال الناصر من أهل البيت: ونعم ما قال كل حيلة توصل بها إلى إبطال مقصد شرعي فهي باطلة، وكل حيلة توصل بها إلى السلامة من الإثم فهي جائزة، إلى أن قال: فعلى هذا يجوز ما يفعله الناس من صرف القروش بالمحلقة وهما ضربتان كبيرة وصغيرة وذلك مما دعت الضرورة إليه لانحصار الانتفاع فيهما واستبدال كل منهما بالآخر على ذلك أو على تكلف شراء سلعة ثم بيعها، ويكاد يلحق بالممتنع للضرورة إلى ذلك في أكثر الأحوال وغالبها، ففيه غاية المشقة ولنحو ذلك رخص في العرية وإلا فكان يمكن بيع التمر بالدراهم ثم شراء رطب بالدراهم، أما لو كان الغرض التجارة والأرباح كالصارف مثلاً فلا يجوز.

فإن قلت: إذا علم طيبة النفس منهما ولم يصرح بذلك فهل يكفي؟

قلت: الظاهر أنه يكفي غايته أنه يكون كالإباحة، وهذا يصلح أن يكون فرقاً بين ما نحن فيه وبين صورة الربا لأنها تتناول الجميع من البدلين، انتهى.

قلت: فأفاد أنه يجوز الصرف وإن لم يعتبر التساوي على جهة الرخصة كرخصة العرية، وفي "نهاية المجتهد"[4] وروي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقة فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير أو دراهم بزنة ورقة، فقال: إذا كان للضرورة خروج الرقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس، وبه قال ابن القاسم من أصحابه، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٣٣٥١) وهو حديث صحيح .

(٢) زيادة من نسخة أخرى . (٣) " الأبحاث المسددة " (ص ٣٩١ – ٣٩٢) ط : دار الفكر – دمشق .

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٧٦) .

قلت: لك أن تقول أدلة تحريم البيع للجنس بجنسه متفاضلاً نصوص عامة لمسائل الصرف وغيرها للمصنوع وغيره، فالقول بالجريرة وغيرها وأنه يصح التفاضل مفتقر إلى دليل ناهض على التخصيص ولم نر لهم دليلاً ناهضاً وعلى تقدير صحة كلام صاحب "المنار "ومالك في جواز صورة من الصور هي الصرف للضرورة، وكلام مالك أضيق من كلام صاحب "المنار"، فإنه لم يجز الصرف مطلقاً وبيع الورق بالدراهم على جهة الضرورة، وكلام صاحب المنار ظاهر في أن الصرف كله ضرورة إلا من الصيارفة.

وأما بيع المصنوع من الذهب بالذهب والفضة بالفضة عل رؤوس الأعيان في غالب البلدان فلا أعلم له وجهاً غير خبر القلادة المنادي على حرمة ذلك فإنها لا تعلم فيه المثلية بل الظاهر عدمها وإلا لما كانت المصنوعات من النقدين يتجر فيها للأرباح فما ذهب إليه الشافعي من عدم تصحيح الجريرة والمصاحب هو الأظهر من حيث الأدلة، وقد أخرج البيهقي [1]عن ابن عمر أنه جاءه صائغ فقال: يا أبا عبد الرحمن إني أصوغ الذهب فأستفضل في ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبدالله بن عمر فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبدالله بن عمر ينهاه إلى أن قال له عبدالله: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا صلى الله عليه وآله وسلم إلينا وعهدنا إليكم، وفي "نهاية المجتهد"[2]اختلف العلماء في بيع السيف أو المصحف المحلى بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب: فقال الشافعي [3]لا يجوز وذلك لجهل المماثلة المشروطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب، وقال مالك[4]: إن كانت قيمة ما فيه من الذهب والفضة الثلث وأقل جاز بيعه أعني بالفضة، وإن كان فيه فضة وبالذهب وإن كان فيه ذهب وإلا لم يجز وكأنه رأى أنها إذا كانت الفضة فيه قليلة لم يكن مقصوده بالبيع وصار كأنها هبة، وقال أبو حنيفة[5] وأصحابه لا بأس

---

(١) في " السنن الكبرى " (٥ / ٢٩٢ – ٢٩٣) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٧٦) .

(٣) " البيان " للعمراني (٥ / ١٧٧) .

(٤) وانظر : " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ٦٣) .

(٥) " بدائع الصنائع " (٥ / ١٩٥) .

غير جنسه وهو المصاحب الذي تقدم في مسائل الاعتبار، لتقابل تلك الجريرة ما في الزائد المنفرد من زيادة المقدار، وقال المؤيد [1]بالله تصححه إذا كان لجنسها قيمة، كما في مسائل الاعتبار لعدم الفرق (**و**) أراد بذكر (**نحوهما**) ما لو باع صاحب الناقص [من الصرفين][2] من صاحب الزائد سلعة بالزائد، ثم اشتراها منه بالناقص وفيه نظر، لأن الكلام فيما يفسد العقد الواحد وهذان عقدان كل منهما صحيح فلا وجه للفساد إلا ما يتخيل من أنة حيلة كالعينة وقد جوزوا الحيلة في مواضع.

وأما قوله: (***إلا مساوية لمقابلها***) فظاهر لعدم الفرق (***ولا يصح في متفقي الجنس والتقدير قبل القبض حط ولا إبراء ولا أي تصرف***) لتأدية ذلك إلى أن يكون القبض على حالة التفاضل (***ويصح حط البعض في المختلفين***) قبل القبض جنساً [و][2]المتفقين تقديراً لأنه وإن أدى إلى التفاضل فهو جايز بينهما كما تقدم في الربويات (**لا**) أنه يجوز (***التصرف***) ببيع أو نحوه لأنه إنما يملك بالقبض فالتصرف فيه تصرف قبل الملك .

وقد عرفت امتناع بيع ما ليس عند البائع .

بذلك وكأنهم رأوا أن ما فيه من الذهب والفضة مثله من الذهب والفضة المشترى بها ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في خبر [3]القلادة بقوله حتى تفصل فإنه مشعر بأن علة التحريم عدم الفصل.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٠) .

(٢) زيادة من نسخة اخرى .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(***ولا يحل الربابين كل مكلفين في أي جهة***[1]) وقال الناصر[2] وأبو حنيفة[3] يجوز التعامل به في دار الحرب لغير المسلمين لأن العقود فيها كلا عقود إذ هي[أ] دار إباحة

(أ) **قوله:** لأنها دار إباحة، أقول: في "الغيث" فإن قيل لم لا يجوز معاملة الحربي [٥٤٢/٣]، ولنا أن نتوصل إلى أمواله بالتلصص لأنها مباحة، فالجواب أنه إنما يجوز التوصل إلى المباح بما لا يكون محظوراً في الصورة.

وأما المحظور فلا كبيع قتيل الكفار من الكفار وكما لا تجوز الرشوة على ظاهر المذهب ليحكم بالحق والتلصص مخصوص.

قلت: وهذا الجواب معارض بأمور منها أنهم أجازوا شراء أولاد الكفار مع أنه ليس شراء لكن تسليم المال إليهم عوضاً عن التخلية ومنها أنه قد أجاز المنصور الرشوة ليحكم له بالحق ومنها أنه قد أجيز شراء الزبل النجس لا بيعه لأن الشراء توصل إلى المباح بالمباح وهو تسليم المال مع أن في هذه الصورة توصل بما صورته صورة المحظور، انتهى. ببعض تصرف فعلى هذا قد قوى المصنف مذهب الناصر والحنفية، وقال ابن حزم[4] رداً على أبي حنيفة قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾[5] وقال تعالى﴿ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ ﴾[6] وقال تعالى﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾[7] فصح أن كل ما حرم علينا فهو حرام عليهم ونسأل من خالفنا أيلزمهم دين

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٣) :

وأما قوله : " ولا يحل الربا بين كل مكلفين في أي جهة " فهذا معلوم أما المسلمون فظاهر وأما الكفار فلما تقدم من أنهم مخاطبون بالشرعيات أي معذبون على فعل ما يحرم وترك ما يجب ، ولا فرق بين دار الحرب وغيرها لأن ما حرمه الله حرام في كل زمان ومكان ، وتخصيص دار الحرب بأحكام لا يقتضي تخصيصها بتحليل الربا فيها .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٨) .

(٣) " شرح فتح القدير " (٧ / ١٣٥) .

(٤) في " المحلى " (٨ / ٥١٠ – ٥١٥ مسألة رقم ١٥٠٦) .

(٥) [سورة آل عمران : ٨٥] .

(٦) [سورة البقرة : ١٩٣] .

(٧) [سورة المائدة : ٤٩] .

كما سيأتي إن شاء الله [تعالى][1] (**ولا**) يجوز الربا أيضاً (**بين العبد وربه**) كمن وجب عليه درهمان زكاة فراضى الفقير بدرهم إلا أن هذا ليس بربا في الحقيقة، وإنما هو غل للواجب والإمام والفقير ليس لهما إلا ولاية القبض لا ولاية إسقاط [٥٤٢/٣] الواجب إلا أن يملكه الإمام من هو عليه فذلك صرف لا ربا، وعلى هذا يحمل قول المؤيد بجوازه.

الإسلام ويحرم عليهم ما هم عليه من خلافه؟ وهل هم على باطل أو لا؟ فإن قالوا: لا يلزمهم ولا هم على باطل كفروا بلا مرية، وإن قالوا: بل يلزمهم دين الإسلام وحرام عليهم ما هم عليه من خلافه وهم على باطل قالوا :الحق ولزم إبطال الباطل وفسخ الحرام، فإن قالوا: ما هم عليه من الكفر أشد.

قلنا: جاء النص بأنا لا نجبرهم على الصلاة والزكاة والحج وجاء النص بأن نحكم بينهم بما أنزل الله، فلا يحل ترك أحد النصين للآخر، وبالله التوفيق انتهى ملخصاً.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٣) :

قوله : " ولا بين العبد وربه ".

أقول : هذا الربا غير معقول لأنه أعطى الفقير درهما عن دراهم تواطؤا على أنها في ذمة الغني المزكي للفقير المصروف إليه فهذه إنما هي حيلة باطلة ودُلْسَةٌ عاطلةٌ لا نفوذ لها ولا قبول ومعلوم أنه لو واطأ الفقير على أن يبيع منه ما في ذمته من الزكاة وهي ألوف مؤلفة بدرهم واحد أو بدونه لقبل منه ذلك وفي الحقيقة أنه لم يقع عن الزكاة إلا هذا الدرهم ولا يبعد أن لا يقع عن الزكاة لما شابه من القصد الباطل والإضمار المخالف للحق.

باب السلَم

السلم[أ] هو السلف[1] وسلف الشيء ما تقدم قبله، لأن الثمن هنا يتقدم قبضه قبل المبيع (**والسلم**) الاصطلاحي (**لا يصح في عين**) أراد في حاضر لأن العين في الاصطلاح تقابل المنفعة وتقابل الدين وهو المراد هنا، لأن المسلم فيه لا يكون إلا ديناً لا حاضراً خلاف[ب] للشافعي[2] لنا حديث ابن عباس[3] عند الجماعة إلا الموطأ أن النبي

(أ) **قوله:** السلم يقال أسلم وتسلم سمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس وحقيقته في الاصطلاح تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر على وجه اللزوم مع شرائط والأصل فيه قيل الإجماع[4] آية الدين فسرها ابن عباس بالسلم وحديث الصحيحين[3] من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم: وفي "نهاية المجتهد"[5] أنهم أجمعوا على جوازه فيما يكال ويوزن، واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة كالدور والعقار".

(ب) **قوله:** خلافاً للشافعي، أقول: هذا النقل من "الغيث" والذي في الإرشاد وشرحه الإمداد الشرط الثاني كون المسلم فيه ديناً في الذمة حالاً أو مؤجلاً، لأنه الذي وضع له لفظ السلم، فإذا

---

(١) انظر : " فتح الباري " (٤ / ٤٢٨) .

(٢) انظر " الأم " (٤ / ١٨١) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٩٦) .

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢١٧ ، ٢٢٢ ، ٢٨٢ ، ٣٥٨) والبخاري في صحيحه رقم (٢٢٣٩) ومسلم رقم (١٢٧ / ١٦٠٤) وأبو داود رقم (٣٤٦٣) والترمذي رقم (١٣١١) والنسائي رقم (٤٦١٦) وابن ماجه رقم (٢٢٨٠) والدارمي (٢ / ٢٦٠) وابن الجارود رقم (٦١٤ ، ٦١٥) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٨ – ١٩) والحميدي (١ / ٢٣٧ رقم ٥١٠) والدارقطني (٣ / ٤) والبغوي في " شرح السنة " (٨ / ١٧٣) والشافعي في الرسالة (ص ٣٣٧ – ٣٣٨) وفي المسند رقم (٥٥٧ – ترتيب) .
وهو حديث صحيح .

(٤) ذكره الحافظ في " الفتح " (٤ / ٤٢٨) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٨٥) .

صلى الله عليه وآله وسلم قال: " من أسلف في تمر ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ".

وأجيب[أ] بأنه نهى لهم عما كانوا يفعلونه من السلف العام والعامين والثلاثة ولا يعينون المدة بضابط، لأن ذلك من شرط السلف، وإلا لما جاز في غير المكيل والموزون عادة إذ لم يذكر غيرهما، قلنا بالحضور ينتفي مدلول الاسم لأن معناه تقديم الثمن قبل حضور المبيع، قالوا بيع أخص لم يختص عن الأعم إلا بجواز كون المبيع معدوماً لا بوجوبه،

قال: أسلمت إليك ألفاً في هذا العبد وهذا العبد في هذا الثوب لم يكن سلماً لانتفاء شرطه ولا بيعاً لاختلال لفظه لأن لفظ السلم يقتضي الدينية ومثل هذا في غيرهما من كتب الشافعية إلا أن قوله حالاً يدل على أنه يجري في الحال، وقوله إن لفظ السلم يقتضي الدينية ينافيه وفي "المنهاج" وشرحه "النجم الوهاج"[1] أنه يصح حالاً قال ومنع الأئمة الثلاثة الحال لقوله في الحديث وأجل معلوم وأجاب بأن معنى الحديث أنه يكون كذلك إن كان مؤجلاً ومثله في شرح مسلم[2] للنووي ولا يخفى أن هذا تقييد للحديث بالمذهب ولا أظنه يصح لغة أن يسمى الحال سلماً فإنه رسمه النووي في "المنهاج "[1] بقوله هو بيع موصوف في الذمة، انتهى. ولا يخفى عدم صدقه على الحال، وفي هامش شرح الضوء من نسخة الشارح بخط عبد العزيز المفتي عالم الشافعية في عصر الشارح أن الشافعي لا يقول هو ولا أحد من أصحابه أن السلم في الحاضر يصح، انتهى. قلت: ما نقلناه عن كتبهم ينافي ما قاله.

(أ) **قوله:** وأجيب، أقول: الذي تحصل منه أنه صلى الله عليه وآله وسلم أقرهم على ما كانوا يفعلونه وألزمهم بتعيين زمن الأجل فالسلم باق على ما كانوا عليه، ولم يقع منهم إلا في المؤجل فمن أثبته في المعجل فالدليل عليه.

---

(١) (٤ / ٢٣٨ – ٢٣٩) .

(٢) (١١ / ٤١ – ٤٢) .

وغاية[أ] ما يلزم رجوعه بيعاً بلفظ السلم، والأخص يستلزم الأعم[ب] ويدل عليه (**أو ما يعظم تفاوته**) فإنه لا يصح فيه السلم (**كالحيوان**) وقال [1]علي وابن عباس وابن عمر والحسن وابن المسيب والنخعي والباقر[2] والصادق والقاسم والمؤيد ومالك[3] والشافعي[4] وأحمد[5] يصح فيه لنا أحاديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة تقدمت، قالوا وتقدم ما يعارضها فيرجع إلى الأصل وهو البراءة عن المنع لالتباس المتأخر، قلنا: القول أرجح، قالوا: لو لم يصح نسخ أحدهما بالآخر، وأما مع تجويز النسخ فالترجيح تحكم، قلنا يعظم تفاوته قالوا: لو أطلق إما مع الضبط بالسن والصفات فلا ويسير التفاوت مغتفر كالمثلي .

(**و**) أما السلم في (**الجواهر واللآلئ والفصوص**) فادعى في أصول الأحكام الإجماع على منعه فيها، ولكن قال المسعودي[6] إذا أريد بها أن تخلط في الأدوية جاز لا للزينة، وأقول: إذا أسلم فيها على وفق نظير محفوظ إلى وقت التسليم ذهب مانع التفاوت.

(أ) **قوله:** وغاية ما يلزم رجوعه بيعاً بلفظ السلم، أقول: لا يخفى أنه خروج عن محل النزاع على أن الشافعية لا يقولون أنه يصح البيع بلفظ السلم كما عرفته الآن عن الإرشاد وشرحه، وفي شرح "المنهاج"[7] ولا ينعقد بيعاً في الأظهر لاختلاف اللفظ والأحكام.

(ب) **قوله:** ويدل عليه، أقول: لم يظهر لنا وجه الدلالة فينظر.

---

(١) ذكر ذلك عنهم ابن قدامة في " المغني " (٦ / ٣٨٨) والقاضي العمراني في " البيان " (٥ / ٣٩٨) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٤٠٣) .

٣) " عيون المجالس " (٣ / ١٥١٢ مسألة رقم ١٠٥٩) .

(٤) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٩٨) .

(٥) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٣٨٨) .

(٦) في " الإبانة " كما في " البيان " (٥ / ٤٠١) .

(٧) (٤ / ٢٣٨ – ٢٣٩) .

تنبيه: النقدان وإن كانا من الجواهر فقد صحح المصنف قول الشافعي[(١)] وغيره بصحة السلم فيهما على وجه لا يحرم النساء كان يسلم فيهما طعاماً، وقال المؤيد[(٢)] بالله وأبو حنيفة[(٣)] لا يصح لأن المسلم فيه مبيع والإجماع قائل على أنهما أثمان ورد بمنع الإجماع .

(**و**) كذا لا يجوز السلم في (***الجلود***) لتفاوتها وعدم الإحاطة بأوصافها، وقال مالك وغيره يجوز كالحيوان (**و**) لا يجوز في (***ما لا ينقل***) لأنه حاضر، وقد تقدم أنه لا يصح في عين ودعوى الإجماع منقوضة بخلاف الشافعي كما تقدم .

(**و**) لا يصح السلم في (***ما يحرم فيه***[(أ)] ***النساء فمن أسلم جنساً في جنسه وغير جنسه***) أو مقداراً في مقدر بتقديره وغير مقدر به (***فسد في الكل***) وقال أبو يوسف ومحمد يفسد فيما لا يصح فقط كما تقدم في الصرف.

(أ) **قوله:** وما يحرم فيه النساء، أقول: عطف على قوله لا يصح في عين أي لا يصح السلم في مسلم فيه يحرم فيه النساء أي التأخير عن مجلس العقد .

واعلم أن الذي يحرم فيه النساء هي الستة الأنواع المنصوص عليها في تحريم الربا وما قيس عليها، عند من يقول بذلك ولا ريب أنه قد ثبت قوله صلى الله عليه وآله وسلم: "فإن اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد "[(٤)] وثبت حديث: " فمن أسلف في تمر "[(٤)] الحديث والتمر أحد الستة الربويات وثمن المسلم فيه غالبه إنما يكون أحد النقدين، ومن مفهوم السلم عدم حضور المسلم فيه موقف العقد .

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٣٩٨) .

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٤٠٤) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٦١٠ – ٦١١) .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

هذا كل ما يمتنع فيه السلم (**ويصح فما عدا ذلك بشروط**) خمسة ·

(**الأول ذكر قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه**) وهذه واضحة (**و**) لا بد من ذكر (**صفته كرطب**) في صفة التمر (**وعتق**) أي تقادم عهد فيقال عتيق أو جديد والعتيق يصلح وصفاً لأنواع كثيرة (**و**) العتق لا بد من ذكر (**مدته**) المتقادمة (**و**) لا بد من ذكر (**قشر زيت**) أسلم فيه أو عدم قشرة ·

وإذا عرفت هذا فقد تعارض النصان نص جواز السلم ونص ما إذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد، وفي السلم اختلف الجنسان ولزم النساء والجمع بين الحديثين أن حديث السلم مخصص بحديث اشتراط أن يكون يداً بيد ضرورة لثبوت الحديث في التمر بالنقد نسيئة ·

فالصواب أن يقول المصنف ويحل في ما يحرم فيه النساء كما لا يخفى، ولفظ الحديث[1]: " قدم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار، فقال: من أسلف في تمر " روي بالمثناة الفوقية والمثلثة، وفتح الميم وهو الأوفق بأول الحديث، فيعم كل ثمر، وفي البخاري [2]من أسلف في شيء ويكون الحديث بالمثناة تمثيلاً، وكذلك خصت أدلة جواز السلم عموم حديث[3] لا تبع ما ليس عندك ونحوه، وبهذا تعرف ضعف ما تقدم للشارح في شرح قول المصنف، فلا يصح معدوماً إلا في السلم أنه يقاس عليه غيره، إذ لو أقسنا عليه غيره لبطل باب الربويات، وحديث النهي عن بيع المعدوم وما لم يقبض [4] بل مال السلم فخصص من تلك الأحكام ومخالفاً للقياس فلا يقاس عليه [٣/٥٤٣].

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح ·

(٢) في صحيحه رقم (٢٢٣٩) ·

(٣) أخرجه أحمد (٣ / ٤٠٢ ، ٤٣٤) وأبو داود رقم (٣٥٠٣) والترمذي رقم (١٢٣٢) والنسائي رقم (٤٦١٣) وابن ماجه رقم (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام · وهو حديث صحيح ·

(٤) تقدم وهو حديث صحيح ·

(**و**) إذا أسلم [٥٤٣/٣] في لحم فلا بد من أن يقول (**لحم كذا من عضو كذا سمنه كذا**) بعظامه أو غير عظامه .

(**و**) إذا أسلم في (**ما له طول وعرض ورقة وغلظ**) يتعلق بها غرض وإلا فكل جسم كذلك كالآجر والثياب والبسط صح السلم و(**تثبت** هذه الصفات (**مع**) بيان (**الجنس**) الذي هو وصف له (**ويوزن ما عدا المثلي ولو آجراً**[أ] **أو حشيشاً**) بناء على أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم في كيل معلوم ووزن معلوم في قوة لا سلم إلا بشرطهما كما رواه[ب] المصنف بأداة الحصر ولا أصل له بها على أنه لو تقيد

(أ) **قوله:** ولو آجراً، أقول: أسقط [استضعف][1] مؤلف الأثمار هذا للمذهب وصحح ما ذكره القاضي زيد، حيث قال: لا يمتنع جواز السلم في العوارض والجذوع من غير ذكر الوزن إذ بين جنس الخشب وطوله وعرضه وغلظه ورقته ولونه لأن وزنه يتعذر في العادة، وفي شرحنا سبل السلام[2] أنه قال: السلم في ما لا يكال ولا يوزن، فقال الحافظ في "فتح الباري"[3]: إنه لا بد فيه من عدد معلوم رواه عن ابن بطال[4] وادعى عليه الإجماع، وقال الحافظ[5]: أو ذرع معلوم فإن العدد والذرع يلحقان الكيل والوزن للجامع بينهما وهو ارتفاع الجهالة بالمقدار، انتهى.

(ب) **قوله:** كما رواه المصنف بأداة الحصر ولا أصل له، أقول: بل ساقه ابن حزم [6]بلفظ من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم، أخرجه بسنده من حديث ابن عباس مرفوعاً، وجعله مستند مذهبه أنه لا يجري السلم إلا فيما يوزن ويكال لا غير قال [7]ولا نعلم أحداً من الصحابة أجاز السلم في غير مكيل أو موزون، انتهى. ولا يخفى أنه بعد ثبوت الحديث بالحظر يقوي القول بحصر السلم في المكيل والموزون لا غير.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) (٥ / ١٢٤) بتحقيقي .

(٣) (٤ / ٤٢٨) .

(٤) في شرحه لصحيح البخاري (٦ / ٣٦٥) .

(٥) في " الفتح " (٤ / ٣٠) .

(٦) في " المحلى " (٩ / ١٠٦ – ١٠٧) .

(٧) أي ابن حزم في " المحلى " (٩ / ١٠٧) .

بالتقديرين المذكورين لما صح إلا فيما يقدر بهما في العادة فإن[أ] القاعدة الأصولية تقييد المطلق بالعادة فلا بد من تقييد السلم فيه بما يكال أو يوزن عادة وترك قياس غيره عليه أو قياس[ب] غيره عليه بجامع الضبط الحاصل بالأوصاف والقيود كما يحصل بالكيل والوزن ويكون ذلك كافياً عن الوزن.

(أ) **قوله:** فإن القاعدة الأصولية تقييد المطلق بالعادة[1]، أقول التخصيص للعام بالعادة والتقييد للمطلق بها ليس مذهباً للمصنف كما صرح به في المعيار في التخصيص، حيث قال: ولا يخصص بالعادة خلافاً للحنفية[2]، انتهى. فلا يلزمه القول بمذهب غيره.

(ب) **قوله:** أو قياس غيره عليه، أقول: هذا هو الأقرب فيجري السلم في كل ما تضبطه الأوصاف.

---

(١) ذهب الجمهور إلى عدم جواز التخصيص بها ، وذهبت الحنفية إلى جواز التخصيص بها

قال الصفي الهندي : وهذا يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم أوجب أو حرم أشياء بلفظ عام ، ثم رأينا العادة جارية بترك بعضها أو بفعل تؤثر تلك العادة حتى يقال : المراد من ذلك العام ما عدا ذلك البعض الذي جرت العادة بتركه أو بفعله ، أم لا تؤثر في ذلك بل هو باق على عمومه متناول لذلك البعض ولغيره .

الثاني : أن تكون العادة جارية بفعل معين كأكل طعام معين مثلاً ، ثم إنه عليه السلام نهاهم عن تناوله بلفظ متناول له ولغيره كما لو قال نهيتكم عن أكل الطعام فهل يكون النهي مقتصراً على ذلك الطعام بخصوصه أم لا بل يجري على عمومه ولا تؤثر عاداتهم ؟ قال : والحق : أنها لا تخصص لأن الحجة في لفظ الشارع وهو عام والعادة ليست بحجة حتى تكون معارضة له انتهى .

انظر : " البحر المحيط " (٣ / ٣٩١) " المسودة " (ص ١٢٦) " المحصول " (٣ / ١٣١ - ١٣٢) .

(٢) انظر : " تيسير التحرير " (١ / ٣١٧) .

الشرط (***الثاني معرفة إمكانه***) أي حصول المسلم فيه (***للحلول***) أي لانقضاء وقت الأجل (***وإن عدم***(أ) ***حال العقد***) لما أخرجه البخاري(١) وأبو داود(٢) والنسائي(٣) عن ابن أبي أوفى وعبد الرحمن بن أبزى أهما قالا كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب والتمر ولا نسألهم أهم حرث أم لا زاد أبو داود والنسائي نسلف في ذلك إلى قوم ما هو عندهم ثم المراد بمعرفة

(أ) **قال:** وإن عدم حال العقد، أقول: في "نهاية المجتهد"(٤) أن مالكاً والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا أن يكون المسلم فيه موجوداً حال العقد، قالوا: يجوز السلم في غير وقت إبانه، وقال أبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والثوري لا يجوز السلم إلا في إبان الشيء المسلم فيه حجة من لم يشترط إلا بأن ما ورد في حديث ابن عباس(٥) أن الناس كانوا يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه، وعمدة أبي حنيفة ما روى من حديث ابن عمر(٦)قال إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " لا تسلموا في التمر حتى يبدو صلاحها " .

قلت: وأما الحديث الذي استدل به الشارح فلا يتم إلا بناء على أنه صلى الله عليه وآله وسلم علم بذلك وأقرهم عليه، وكان قول الصحابي على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دليلاً على أنه علم ذلك، ثم الحديث دليل على أنه لا يشترط ملكهم لما أسلم إليهم فيه إن قيل إن عدم السؤال يتترل مترلة عموم الأحوال.

---

(١) في صحيحه رقم (٢٢٤٤ ، ٢٢٤٥) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤٦٤).

(٣) في " السنن " رقم (٤٦١٤) .

وهو حديث صحيح .

(٤) في " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٩٠) .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

(٦) أخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٣٤٦٧) .

وهو حديث ضعيف .

إمكانه ليس العلم بأنه غير مستحيل فإن ذلك لا يكفي ولا العلم بأنه يحصل لأن علم الغيب إلى الله تعالى، بل أن لا يشترط ما هو مظنة أن لا يحصل (**فلو عين ما يقدر تعذره كنسج محله أو مكيالها**) لا يبعد خلو مثلها عن النسج والمكيال (**بطل**) لما عند[أ] أبي داود[1] والموطأ[2] من حديث ابن عمر أن رجلاً أسلم في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال صلى الله عليه وآله وسلم: "بم تستحل ماله اردد عليه ماله، ثم قال: لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحه" ولو قال المصنف نسج رجل أو مكياله لكان هو الصواب لأن سلف أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان معيناً بمكيال المدينة ضرورة، ولو أطلق عن الشرط لتعين أيضاً.

الشرط (**الثالث كون الثمن مقبوضاً في المجلس**)[ب] لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ، ولا بد أن يكون القبض (**تحقيقاً**) أي بنقل للمقبوض، وقال المؤيد[3]

(أ) **قوله:** لما عند أبي داود.. إلخ، أقول: لا يتم الاستدلال به إلا بناء على أن النخل الذي لم يخرج في تلك السنة معين، والتنكير ظاهر في أنه مطلق، واستدل لذلك في شرح الإرشاد بالغرر لتوقع جائحة في تلك البقعة فينقطع ثمرها مثلاً ولأن التعيين ينافي الدينية لتضيق محال التحصيل ولمثل ذلك قالوا لوعين لنحو اللبن والصوف أو بلداً بعينها وأصل ذلك ما صح [4]أن يهودياً قال يا رسول الله هل تبيعني تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا ولا اسمي حائط بني فلان.

(ب) **قال:** في المجلس، أقول: في "نهاية المجتهد "[5]أجاز مالك تأخير اليومين والثلاث وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٤٦٧) وهو حديث ضعيف .

(٢) (٢ / ٦١٨ رقم ١٠) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٤٠٣) .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٨٩) بتحقيقي " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " (٤ / ٣١٥).

يصح أن يسلم إليه الوديعة التي عنده وإن لم يقبضها للسلم إلا بعد المجلس؛ لأنها ليست من الكالئ، والمنع إنما كان لأجله لا أن[أ] القبض نفسه في المجلس شرط لعدم الدليل عليه إلا في الصرف والسلم مباين له فلا يقاس عليه .

ولا بد أن يكون الثمن (**معلوماً**) حال العقد (**جملة**) كالجزاف (**أو تفصيلاً**) خلافاً للناصر[1] وأبي حنيفة[2] فيما علم جملة فقط .

قلنا[ب] السلم بيع وقد ثبت فيه الجزاف، قالوا : منعه الشارع في المبيع فقيس عليه الثمن .

(**ويصح بكل مال**) وقال الناصر[3] لا يصح إلا بالنقدين لأنهم إنما كانوا يسلمون بها، قلنا : فعل لا يدل على منع ما عداه (***وفي انكشاف الرديء ما مر***) في الصرف من التفصيل في رديء العين والجنس.

(أ) **قوله:** لا أن القبض في المجلس شرط، أقول: شرطيته مأخوذة من لفظ السلف الذي سمى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسلم به، فإن السلف لغة هو أن يعطي شيئاً في شيء فمن لم يدفع ما أسلف فلم يسلف شيئاً لكن وعد بأن يسلف.

(ب) **قوله:** قلنا السلف بيع، قلنا: يأتي منع ذلك قريباً.

---

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٤٠٣) .

(٢) " المبسوط " (١٢ ، ١٢٥ ، ١٢٦) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٤٠٠) .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ١٠٦٠) .

الشرط (***الرابع الأجل المعلوم***) وإلا رجع بيعاً لا سلماً، وفيه خلاف[أ] الشافعي المقدم، لنا اشتراطه في الحديث.

(أ) **قوله:** وفيه خلاف الشافعي، أقول: تقدم الكلام في ذلك وفي "نهاية المجتهد"[١] مثل نقل الشارح [إن ذلك ليس موجوداً في كتبهم بل خلافه الموجود إلا أن من نهاية المجتهد][٢] وقال عمدة الشافعي أنه إذا جاز مع الأجل فهو في الحال أجوز لأنه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اشترى جملاً من أعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وآله وسلم تمراً وأعطاه قال فهذا شراء حال بثمن في الذمة، انتهى. قلت الحديث أخرجه البيهقي[٣] في السنن ولفظه بعد سياق سنده عن عائشة قالت: اشترى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جزوراً من أعرابي بوسق تمر عجوة فطلب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عند أهله تمراً فلم يجده فذكر ذلك للأعرابي فصاح الأعرابي واغدراه، فقال أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم بل أنت يا عدو الله اغدر فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى خولة بنت حكيم وبعث بالأعرابي مع الرسول فقال لها: إني ابتعت من هذا الأعرابي جزوراً بوسق تمر عجوة فلم أجده عند أهلي فأسلفيني وسق تمر عجوة، لهذا الأعرابي فقبض الأعرابي ذلك الحديث، وبوب له البيهقي[٣] باب الجواز في السلم الحال وساقه.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٨٨) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في " السنن الكبرى " (٦ / ٢٠) .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ / ٢٦٨ – ٢٦٩) والبزار (٢ / ١٠٥ رقم ١٣٠٩ – كشف) والحاكم (٢ / ٣٢) وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم .

وتعقبه الذهبي بقوله : يحيى ضعيف ولم يخرج له أحد .

وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ١٣٩) وقال رواه أحمد والبزار وإسناد أحمد صحيح .

وأجيب بأنهم كانوا يؤجلونه بأجل غير منضبط فأمروا بالضبط لا بالمضبوط قلنا لو لم يشترط الأجل لزم بيع ما ليس عنده ولم يرخص فيه، إلا في السلم ولا فارق إلا الأجل.

وأجيب بأن الصيغة تكفي في الفرق (و) أما تقدير مدة الأجل بأن (**أقله ثلاث**) ليال أو يوم وليلة[أ] أو أربعين ليلة فمما لا دليل عليه إلا القياس على حديث ولك الخيار ثلاثاً ولا جامع (و) إذا جعل الأجل (**رأس ما**) أي رأس شهر (**هو فيه**) كان حلول الأجل (**لآخره وألا**) يذكر رأسه بل قال لشهر كذا (**فلرؤية** **[٥٤٤/٣]** **هلاله و**) وهل يكون ممتداً إلى آخره كما يكون (**له إلى آخر اليوم المطلق**) الظاهر

قلت: وفي النفس من جعل هذه الصورة من باب السلم فإنه بيع بثمن معين معجل غايته أنه كان صلى الله عليه وآله وسلم ظاناً أن التمر موجود في بيته فلم يجده فاقترضه، والله أعلم الحمد لله وجدت بعد أعوام كثيرة في "المحلى"[١] لأبي محمد بن حزم ما لفظه بعد أن ساق الحديث بطوله، فقال: هذا الخبر لا حجة فيه، لأن البيع لم يكن بعد بين النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبين الأعرابي لأنهما لم يفترقا، هكذا نص الحديث ولما استقرض صلى الله عليه وآله وسلم التمر أمضى معه العقد المحدود وتم البيع بحضور الثمن وقبض الأعرابي، انتهى. فقرر أنه بيع لا سلم.

(أ) **قوله:** أوْ يوم وليلة، أقول هذا للأستاذ والأربعون للمنصور بالله، وعلله بأنه أقل وقت يأتي فيه الزرع وهو الطهف[٢]، ويقاس سائر الأشياء على هذه المدة **[٥٤٤/٣]**.

---

(١) " المحلى " (٩ / ١١ – ١١٢) .

(٢) قال الفيروزآبادي في " القاموس " (١٠٧٧)

الطهف : عشب ضعيف له حبٌّ يؤكل في الجهدة .

ثبوت ذلك وإلا لزم قول[أ] الشافعي[1] أن يكون لطلوع الشمس ذلك اليوم، وأما الاعتذار بحديث لنا بقية يومنا يا يهودي فلم أقف له على أصل صحيح ولو صح للزم مثله في الشهر (**ويصح التعجيل كما مر**) في القرض من التفصيل.

الشرط (**الخامس تعيين المكان** [2]) الذي يقبض فيه المسلم فيه وقال أبو يوسف[ب] ومحمد لا يشترط ذكر موضع قبض المبيع واحتج المصنف بأن العقد لا يقتضي التسليم في موضعه كما مر فوجب تعينه في السلم وهو احتجاج بالمدعي كما ترى، فالحق

(أ) **قوله:** قول الشافعي أن يكون لطلوع شمس ذلك اليوم، أقول: الذي في "الغيث" وفي الرواية عن أصحاب الشافعي بل وقته طلوع الفجر فقول الشارح خلافه، وكلام الغيث الأولى لأن أول اليوم طلوع الفجر لا الشمس، قال وما ذكره قياس لأن (إلى) للغاية، لكن خولف القياس للخبر، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لنا بقية يومنا هذا.

(ب) **قوله:** وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط، أقول: في "نهاية المجتهد"[3] اشترط المكان أبو حنيفة[4] تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره لعدم الدليل، وبه جزم ابن حزم وزاد أنه يبطل السلم فقال ولا يشترط في السلم دفعه في مكان بعينه فإن فعلا فالصفقة كلها فاسدة، وكلما قلنا أو نقول إنه فاسد فهو مفسوخ أبداً محكوم فيه بحكم الغصب لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل لقوله صلى الله عليه وآله وسلم "كل شرط ليس في كتاب الله فإنه باطل وإن كان مائة شرط"[5] انتهى. قلت: وفي إبطاله تأمل.

---

(١) " البيان " للعمراني (٥ / ٤٢٩ – ٤٣٠) .

(٢) فليس على هذا الشرط دليلٌ لا صحيح ولا عليل وهكذا تجويز الربح والخسران .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٠٨) .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٣٨٨) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٥٦٢ – ٥٦٣) .

(٥) تقدم تخريجه .

ما ذهبا إليه لعدم الدليل ولأنه[أ] بيع فوجب أن لا يتعين موضع التسليم فيه والتأجيل أن سلم وجوبه لا يصح فارقاً لوجوده في البيع المؤجل أيضاً ولا يشترط تعيين المكان حال العقد بل (*قبل التفرق*) وإن كان بعد العقد قيل[ب] وهكذا سائر الشروط .

(**و**) من الشروط التي داخلها المصنف في الخمسة وإن كان متميزاً وحده أن يسلم المسلم في حالة (***تجويز الربح والخسران***) وإن لم يحصل ذلك للمسلم إليه لئلا يكون ذلك من بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء وقد تقدم أنه لا يصح، خلافاً للمؤيد ومن معه في تجويز ذلك وهو الحق كما قدمنا تحقيقه.

(أ) **قوله:** لأنه بيع، أقول: نازع ابن حزم [1]في جواز تسمية السلم بيعاً فقال السلم ليس بيعاً لأن التسمية في الديانة ليست إلا لله عز وجل على لسان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وإنما سماه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم السلف أو التسليف أو السلم، والبيع يجوز بالدراهم والدنانير حالاً وفي الذمة إلى غير أجل مسمى، وإلى الممتد والسلم لا يجوز إلا إلى أجل مسمى ولا بد والبيع يجوز في كل متملك لم يأت النص بالنهي عنه والسلم لا يجوز إلا في مكيل أو موزون فقط لا يجوز في حيوان ولا في مذروع أو معدود إلى آخر كلامه فيحرر البحث إن شاء الله تعالى.

(ب) **قوله:** قيل وهكذا سائر الشروط، أقول: عبارة "الأثمار" هنا قبل التفرق في الكل، قال شارحه، واعلم أن ظاهر قول أهل المذهب في كتبهم أنه إذا اختل شرط من شروط السلم ثم أصلح قبل التفرق أن ذلك يصح مطلقاً سواء كان من شروط البيع أو من غيرها كأن يقول: أسلمت إليك في شيء أو في بر ثم يعينه قبل التفرق أنه يصح ونحو ذلك وقد استشكل المؤلف ذلك.

وقال: والصحيح للمذهب التفصيل وهو أن يقال إن كان ذلك الشرط من شروط البيع اعتبر حصوله حال العقد، وإن كان من الشروط التي تخصه كفى ما ذكروه ثم إنه قال زاد في الأثمار غالباً، وقال إنه احتراز من تجويز الربح والخسران فانه يعتبر فيه بحال العقد فإن كان مفقوداً حال العقد لم يصح ولو حصل في المجلس لأنهما عقداه على وجه يقتضي الربا، انتهى.

---

(1) في " المحلى " (٩ / ١١٠) .

(فصل)

(**ومتى بطل**) أي لم يثبتا عليه (**لفسخ**) وقع بينهما (**أو**) تعذر تمامه بسبب (**عدم جنس**) المسلم فيه في ناحية المستسلم (**لم يؤخذ إلا رأس المال**) أما مع التفاسخ فظاهر، وأما مع عدم المسلم فيه فحيث[أ] لم يحصل إمهال إلى أجل آخر لأن تكليف المستسلم ما تعذر تكليف ما لا يطاق، ولحديث[1] " أردد عليه ماله" ، تقدم آنفاً (**أو**) إذا كان رأس المال قد فات أخذ (**مثله**) إن كان مثلياً (**أو قيمته**) إن كان

فصل ومتى بطل لفسخ

(أ) **قوله:** فحيث لم يحصل إمهال إلى أجل، أقول: في "نهاية المجتهد"[2] إذا تعذر تسليم المسلم فيه، فقال الجمهور إذا وقع ذلك فالمسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل [3]وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة، وهو باق على أصله وليس من شرطه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء يشترطه المسلم فهو في ذلك بالخيار، وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير، وكأنه رآه من بيع الكالئ بالكالئ، وقال سُحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر إلى العام القابل، قال: والمعتمد عليه في هذه المسألة القول الأول وهو الذي اختاره أبو بكر الطرسوسي وبيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخله اضطرار، انتهى.

قلت: وظاهر الأزهار مثل كلام أشهب لأنه جعل عدم الجنس كالفسخ فحكمهما واحد، وعبارة الفتح وللمسلم في تعذر الجنس الفسخ والإنظار فيوافق كلام الجمهور وعدل أيضاً في الأثمار إلى نحو ذلك، قال شارحه: إنما عدل لأن عدم الجنس لا يقتضي البطلان وإنما يقتضي ثبوت الخيار، انتهى. قلت: كان على الشارح أن ينبه على هذا.

---

(١) تقدم وهو حديث ضعيف .

(٢) في " بداية المجتهد " (٣ / ٣٩٢) .

(٣) وتمام العبارة : وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم .

(٤) انظر " شرح الأزهار " (٦ / ٥٨٣) .

قيمياً وتعتبر قيمته (**يوم قبض**) هذا (***إن تلف***) وإلا فالواجب رد عينه (***ولا يبتع***) المسلم (**به**) أي برأس المال الذي بطل السلم به (***قبل القبض***) له (***شيئاً***) خلافاً للشافعي لنا ما[أ] عند أبي داود من حديث أبي سعيد[1] الخدري، أن النبي صلى الله عليه

(أ) **قوله:** لنا ما عند أبي داود، أقول: الضمير في تصرفه ظاهر أنه للمسلم فيه لا لثمنه الذي تعين إرجاعه للمسلم بأحد السببين إلا أن يقال بالقياس على المسلم فيه، فكان الأولى ذكر أنه ثبت حكمه بالقياس لا بالنص، وقد استدل به ابن رشد في "النهاية"[2] على الأول فقال: إذا جاز الأجل من المسلم قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه، وبه قال أبوحنيفة[3] وأحمد[4] وإسحاق وتمسك أحمد وإسحاق بحديث أبي سعيد [العوفي][5] من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره انتهى.

وقول الشارح ظاهره غير ظاهر في ما قال بل ظاهره أعم من ذلك إلا أن الحديث أخرجه من طريق طلحة بن سعد وهو العوفي وعطية بن سعد لا يحتج بحديثه كما قاله المنذري في" مختصر السنن"[6] على أن زيادة قبل قبضه لم يخرجها أبو داود بل هي من زيادات رزين وهي مجهولة.

---

(١) أخرجه أبو داود رقم (٣٤٦٨) وابن ماجه رقم (٢٢٨٣) من طريق عطية بن سعيد العوفي عن أبي سعيد الخدري ، به .

قال الزيلعي في " نصب الراية " (٤ / ٥١) : رواه الترمذي في " علله الكبير " وقال : " لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه ، وهو حديث حسن "

قال عبد الحق في " أحكامه " وعطية العوفي لا يحتج به ، وإن كان الجلة قد رووا عنه .

وقال في " التنقيح " وعطية العوفي ، ضعفه أحمد وغيره ، والترمذي يحسن حديثه ، وقال ابن عدي : هو مع ضعفه يكتب حديثه .

وحكم " الألباني على الحديث بالضعف في " إروائه " رقم (١٣٧٥) .

(٢) (٣ / ٣٩٣ – ٣٩٤) . (٣) " الاختيار " (٢ / ٢٨٧) و " شرح فتح القدير " (٧ / ٩٥) .

(٤) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٤١٥ – ٤١٦) .

(٥) كذا في " المخطوط وصوابه الخدري وهو من طريق عطية بن سعيد العوفي عن أبي سعيد الخدري به .

(٦) (٤ / ١١٣) .

وآله وسلم قال: " من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره قبل أن يقبضه " قلت: ظاهره النهي عن أن يعين على المستسلم غير المسلم فيه أولاً لأن ذلك من بيع الكالئ بالكالئ، أما لو اشترى عيناً حاضرة وقضاه منها أو أحال به أو نحو ذلك فلا محذور، وينبغي أن يكون هذا جمعاً للخلاف (**لا**) إذا بطل لغير فسخ ولا عدم جنس بل (**لفساد**) حصل باختلال أحد شروطه (**فيأخذ**) المسلم به (**ما شاء**) بناء[أ] على أنه يصير باختلال أحد شروطه باطلاً لا يملك المستسلم ما قبضه من الثمن لأنه باختلال شروطه رجع إلى بيع المعدوم، وهو باطل، وقال المؤيد [1] بالله هو كالبيع يملك بالقبض.

قلت: إلا أن اعترافه بشرطية الشروط المذكورة يوجب الحكم بالبطلان عند فوت أحدها لأن بطلان الشرط موجب لبطلان المشروط إلا أن لا يجعل بيع المعدوم باطلاً بل

(أ) **قوله:** بناء على أنه يصير باختلال أحد شروطه باطلاً، أقول: في شرح الأثمار ذكر أهل المذهب أن فاسد السلم باطل واستضعف المؤلف ذلك، وقال الصحيح ما أشرنا إليه في البيع غير الصحيح من أنه إن كان الخلل في ركن مجمع عليه فهو باطل، وإن كان في شرط ففاسد ولا مانع من أن يكون كذلك إذ هو نوع من البيع ولا يضر كونه مختصاً بشروط زائدة، لأن زيادة الشروط وصف لا تأثير له في مثل هذا الحكم، لأنه قد تقدم في شيء من البيع ما هو كذلك.

وهذا بناء على أن بيع المعدوم لا يكون باطلاً، والمؤلف يقول بذلك ويقول أنها قد كملت الأركان الأربعة، لأن المبيع وإن كان معدوماً في الملك فقد ذكر في العقد ووصف وجوده في الملك شرط للركن لا أنه الركن نفسه فلا وجه لجعله باطلاً فعرفت أنه إذا اختل أحد شروط السلم كان فاسداً تلحقه أحكام الفاسد، فيملك رأس المال والمسلم فيه بالقبض ويصح فسخه ونحو ذلك، إلى أن قال نعم فلا يصح ما ذكروه أنه يأخذه برأس ماله ما شاء لأن كلامهم مبني على أن فاسد السلم باطل، قلنا: وهو الحق وأحكام السلم غير أحكام البيع كما قدمناه.

(١) " البحر الزخار " (٣ / ٣٩٠) .

فاسداً كما اختاره السيد يحيى، وهو ظاهر قول المصنف وفاسده ما اختل فيه شرط غير ذلك فمستقيم .

(**ومتى توافيا[أ] فيه**) أي في الفاسد (**مصرحين**) بالقضاء والاستقضاء (**صار بيعاً**) بمنزلة بعت واشتريت فتجري فيه أحكام البيع (**وإلا**) يتوافيا أو لم يصرحا بالقضاء والاستقضاء (**جاز**) للمسلم (**الارتجاع**) للثمن وللمستسلم الارتجاع للمسلم فيه حيث قبضه المسلم بلا تصريح بالتوافي .

(**و**) إذا أحبا تجديد السلم على وجه صحيح فإنه (**لا يجدد إلا بعد التراجع**) لئلا يصير من الكالئ بالكالئ لكن هذا بناء على أن كلاً منهما ملك [٥٤٥/٣] ما قبض لأنه فاسد يملك بالقبض .

أما إذا كان باطلاً فلا ملك بل مال كل واحد باق على ملكه فلا بيع لدين بدين إلا أن يكون قد تلف في يد غير مالكه فقد صار ديناً بيعه من بيع الكالئ بالكالئ (**ويصح[ب] إنظار معدم الجنس[1]**) إلى أجل آخر (**و**) يصح لكل منهما (**الحط**) عن صاحبه بعض ما لزمه له بالعقد أوكله (**والإبراء**) منه كذلك (**قبل القبض**) ولا

(أ) **قوله:** ومتى توافيا.. إلخ، أقول: حذف هذا في الأثمار قال شارحه لدخول معنى ذلك في معنى قوله أخذ ما شاء، انتهى.

(ب) **قوله:** ويصح إنظار معدم الجنس، أقول: لا أدري لِمَ خصه بالمعدم فإن الإنظار إحسان يجوز مع وجود الجنس وعدمه.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٩) وأما قوله : " ويصح إنظار معدوم الجنس ، فصحيح لأن المسلم محكم فيما أسلم فيه إن اختار إرجاع رأس ماله كان له ذلك وإن اختار الإنظار كأن يمهله إلى عام آخر كان له ذلك ، وإلى هذا ذهب الجمهور ، وهكذا يصح الحط والإبراء قبل القبض وبعده ويصح للكل وللبعض ، ولا حجر على فاعله لأنه ملكه يتصرف به كيف يشاء ، ولا مانع شرعياً يمنع من ذلك .

حاجة[أ] إلى قوله (**أو بعده**) لأن ما يقع بعد القبض ليس بحط ولا إبراء وإنما هو تمليك ولا كلام في صحته وأنه ليس من أحكام السلم (**غالباً**) يحترز من حط الكل من رأس المال قبل قبضه لبقاء السلم بلا رأس مال، وإنما صح حط البعض لأن الباقي يكفي رأس مال للسلم، فإذا حط البعض فكأنه استسلم بما بقي لكن منع ذلك مبني على أن الحط والإبراء ليسا بقبض وعلى أن رأس المال قبل قبضه ليس ديناً يصح تمليكه الضامن به وكلا الأمرين في حيز المنع غالباً .

(**و**) السلم (**يصح بلفظ البيع كالصرف**) صح بلفظ البيع كما تقدم لأن لفظ البيع أعم وهو يطلق على الأخص لكن[ب] إطلاقه عليه لا يستلزم دلالته عليه، والمقصود هو الدلالة كما عرفت (**لا**) أنه يصح (**هو**) أي البيع (**بأيهما**) لأنهما اسمان لبيع

(أ) **قوله:** ولا حاجة إلى قوله أو بعده، أقول: وقع هنا تقديم وتأخير فإن قوله غالباً هي من قوله قبل القبض، والمعنى عليها لأن قبله إذا أبرأ من الكل لم يبق رأس مال فلا يصح إلا في بعضه على أنه يشترط فيما بقي أن يكون قيمة للمسلم فيه في بعض الأوقات كما صرح به ابن بهران في شرح "الأثمار" .

والشارح جعل غالباً غاية إلى قبله وبعده لأنه أخرها في كلامه وهي مقدمة في عبارة الأزهار، ثم قال المصنف وبعده والشارح قال أو بعده، وليس التخيير من عبارة المصنف .

وقوله أنه لا حاجة إليها غير صحيح، بل هي لإفادة هذا الحكم نعم تسميته لما يقع بعد القبض حطاً وإبراء غير صحيح، ولكنه من باب المشاكلة لما قبله ولا ضير فيه بل هو من باب البلاغة وعليه ورد قوله تعالى: ﴿ تَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِي وَلَا أَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِكَ ﴾[1].

(ب) **قوله:** لكن إطلاقه عليه لا يستلزم دلالته عليه، أقول: الحيوان إذا أطلق لا يستلزم دلالته على الإنسان بخصوصه، ولهذا يقولون أن الأعم لا يدل على الأخص بخصوصه إلا بقرينة، فلعله يقال مقام السلم قرينة على إرادة الأخص من الأعم ودلالته عليه.

---

(١) [سورة المائدة : ١١٦] .

مخصوص والأخص[أ] ليس اسماً للأعم وإن استلزم وجوده وجوده وفيه نظر لأنه دال عليه والحق أنه مباينة لتنافي لوازمها وتنافي اللوازم مستلزم لتنافي الملزومات (**و**) هـذا (**لا**) يصح (***أيهما***) أي الصرف والسلم (**بالآخر**).

فصل

(***وإذا اختلف البيعان***) فليس في ذلك من المنقول إلا حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه بألفاظ منها عند الشافعي[1] والنسائي[2] والدارقطني[3] " إذ اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار "[4] ورفعه بلفظ حضرت النبي صلى الله عليه وآله وسلم " فأمر بالبائع أن يستحلف ثم خير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك " وحمل على الاختلاف في قدر الثمن ثم من لم يصحح[ب] سماع أبي عبيدة[5] بن عبدالله بن مسعود

(أ) **قوله:** والأخص ليس اسماً للأعم وإن استلزم وجوده وجوده، أقول: لا شك أنك إذا قلت إنسان فليس اسماً للحيوان وإن كان جزءاً منه يستلزم وجوده ودلالته عليه التزامية وقد أحسن الشارح بقوله والحق أن هذه الدلالات عقلية فالكلام في الأحكام العرفية شرعاً وهما متنافيان في ذلك لتباين اللوازم وأن اتفقا في شيء في الجملة فكل غَيْرين لا بد أن يتفقا في شيء في الجملة.

(ب) **فصل:** وإذا اختلف البيعان، قوله: من لم يصحح سماع أبي عبيدة، أقول: هو أبو عبيدة بن عبدالله

---

(١) في " الأم " (٤ / ٢٠ رقم ١٤٤٨) و " معرفة السنن والآثار " للبيهقي رقم (١١٤١٢) .

(٢) في " السنن " رقم (٤٦٤٩) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٢١) .

قلت : وأخرجه أحمد (١ / ٤٦٦) وأبو داود رقم (٣٥١١) وابن ماجه رقم (٢١٨٦) والدارمي (٢ / ٢٥٠) وأبو يعلى رقم (٤٩٨٤) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٣) وهو حديث حسن .

(٤) أخرجه أحمد (١ / ٤٦٦) والنسائي رقم (٤٦٤٩) بسند ضعيف ولكن الحديث حسن بمجموع طرقه .

(٥) وقد أخرجه من طريق أبي عبيدة . أحمد (١ / ٤٦٦) والنسائي رقم (٤٦٤٩) والدارقطني (٣ / ١٨ =

من أبيه حكم بانقطاعه مع ما فيه من الاختلاف في اسم الراوي[أ] عن أبي عبيدة وقد صححه ابن السكن[١] والحاكم [٢]وله طرق[ب] أخرى يعتبر بها وإن كان فيها كلام.

ومنها: " إذا اختلف البيعان تحالفا أو ترادا " فأما[ج]التحالف فلا أصل له وأما التراد

ابن مسعود، قال البيهقي[٣]: لم يسمع من أبيه شيئاً.

(أ) **قوله:** في اسم الراوي عن أبي عبيده، أقول: فإنه اختلف في اسم الراوي وفي اسم أبيه فقيل عبد الملك وقيل عمير وقيل عبد الملك بن عبيد وقيل عبد الملك بن عيينة وهذا يفيد جهالة الراوي.

(ب) **قوله:** وله طرق أخرى، أقول: أحدها : عند الدارقطني [٤] من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه عن جده، وفيها[٥] إسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة.

والثانية للشافعي في المختصر[٦] عن سفيان عن ابن عجلان عن عون بن عبدالله بن عتبة عن ابن مسعود وفيها انقطاع لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود.

(ج) **قوله:** فأما التحالف فلا أصل له أقول في "التلخيص"[٧] اعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر له في شيء من كتب الحديث، وإنما يوجد في كتب الفقه، وكأنه عن الغزالي فإنه ذكرها في "الوسيط"[٨] وهو تبع إمامه في الأساليب، انتهى. والعجب أن الرافعي استدل بها في الشرح مع قوله هذا.

= رقم ٦١) والحاكم (٢ / ٤٥) وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

وهو حديث حسن لغيره .

(١) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٧٣) .

(٢) في " المستدرك " (٢ / ٤٥) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٣) .

(٤) في " السنن " (٣ / ٢١) .

(٥) قاله الحافظ في " التلخيص " (٣ / ٧٤) .

(٦) " مختصر المزني (ص ٨٦) .

(٧) (٣ / ٧٤) .

(٨) (٣ / ٢٠٩) .

فهو عند مالك بلاغاً[أ] وهو عند أحمد[1] والترمذي [2]وابن ماجة[3] بإسناد منقطع إلا أنه عند الطبراني[4] متصلاً بإسناد رجاله ثقات غير عبد الرحمن بن صالح نسبوه[ب] إلى الرفض

فأما التحالف فلا أصل له، أقول: أخرج البخاري[5] عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم عرض على قوم اليمين فأسرعوا فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف، قال الخطابي[6]: معنى الاستهام هنا الاقتراع يريد أنهما يقترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعا عليه، انتهى.

قلت: فهذا أصل في التحالف، وقال البيهقي[7] قال الشافعي إذا تبايع الرجلان عبداً، فقال البائع: بعتك بألف وقال المبتاع بخمس مائة فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه البائع يدعي فضل الثمن والمشتري يدعي السلعة بأقل من الثمن فيتحالفان ويبدأ بيمين البائع. انتهى.

(أ) **قوله:** بلاغاً[8]، أقول: أي عن ابن مسعود وكذلك المنقطع هو عنه أيضاً.

(ب) **قوله:** نسبوه إلى الرفض، أقول: في"التقريب"[9] عبد الرحمن بن صالح الأزدي العتكي بفتح المهملة والمثناة الفوقية الكوفي نزيل بغداد صدوق يتشيع.

قلت: بينا في "الأبحاث "[10]الأثرية أن التشيع لا يقدح به حتى يتبين من أي أنواعه.

---

(1) في " المسند " (1 / 466) .

(2) في " السنن " رقم (1270) .

(3) في " السنن " رقم (2186) .

(4) في " المعجم الكبير" (ج 10 رقم 9987) .

(5) في صحيحه رقم (2674) .

(6) في " أعلام الحديث " (2 / 1312) .

(7) في " السنن الكبرى " (5 / 332) .

(8) أخر مالك في " الموطأ " (2 / 671 رقم 80) بلاغاً .

(9) في " التقريب " رقم (978) .

(10) " الأبحاث المسددة " (ص 361) .

وقد قال أبو حاتم صدوق، وقال يحي شيعي ثقة وله طريق[أ] أخرى صححه منها الحاكم[1] وحسنه البيهقي [2]وأعلها[ب] غيرهما بانقطاع وجهالة ٠

وطريق ثالث عند الدار قطني[3]رجالها ثقات إلا أنه[ج] اختلف في سماع القاسم بن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه، وأما زيادة والسلعة قائمة فرواها عبدالله بن

(أ) **قوله:** طريق أخرى صححه منها الحاكم[4]، أقول: هي عند أبي داود[5] والنسائي[6] والبيهقي [7] من طريق عبد الرحمن بن قيس بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال قال عبدالله بن مسعود فذكر الحديث.

(ب) **قوله:** وأعلها غيرهما، أقول: أعلها ابن عبد البر[8] وابن حزم[9] وعبد الحق [10] بالانقطاع وأعل الأخرى أيضاً بجهالة عبد الرحمن المذكور، وأما أبوه قيس بن محمد فيحكم بأنه مقبول، وأما جده فالأشعث بن قيس صحابي معروف مشهور.

(ج) **قوله:** إلا أنه اختلف في سماع القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه، أقول: الطريق عن القاسم بن عبد الله عن عبد الله بن مسعود عن أبيه وقد اختلف في سماع عبد الرحمن عن أبيه، قلت: وبهذا تعرف أن له علة أخرى في الطريق التي سلفت من رواية القاسم عن أبيه عن جده وأعلت بإسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة وهي الاختلاف المذكور في سماعه.

---

(١) في " المستدرك " (٢ / ٤٥) ٠

(٢) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٢) ٠

(٣) في " السنن " (٣ / ١٨ رقم ٦١) ٠

(٤) في " المستدرك " (٢ / ٤٥) وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ٠

(٥) في " السنن " رقم (٣٥١١) ٠

(٦) في " السنن " رقم (٤٦٤٨) ٠

(٧) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٢) وهو حديث حسن لغيره ٠

(٨) في " التمهيد " (١٢ / ٢٣١) ٠

(٩) في " المحلى " (٨ / ٣٦٨) ٠

(١٠) في " الأحكام الوسطى " (٣ / ٢٧٠ - ٢٧١) ط : دار الرشد ٠

أحمد[١] في زيادات المسند والطبراني[٢] والدارمي[٣] لكن تفرد بها[أ] محمد بن عبد الرحمن الفقيه المعروف بابن أبي ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه، وألفاظهم[ب] كلها تدور على أن القول قول البائع أو يترادان.

(أ) **قوله:** لكن تفرد بها.. إلخ، أقول: وهي أيضاً من رواية عبد الرحمن المختلف في سماعه إلا أن رواية عبدالله بن أحمد فيها انقطاع من طريق القاسم عن جده، إلا أنه قال ابن عبد البر[٤] بعد إعلاله لأصل الرواية من غير الزيادة في الانقطاع أنه حديث مشهور عند جماعة العلماء تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعهم.

(ب) **قوله:** وألفاظهم كلها تدور على أن القول قول البائع أو يترادان، أقول: ساق في "المنار"[٥] ألفاظ الحديث بزيادته فلنسق كلامه برمته إذ فيها ما لم يذكره الشارح، فقال حديث إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقوله رب السلعة أو يتتاركان، أخرجه الحاكم وأبو داود والبيهقي من حديث ابن مسعود[٦]، وفي رواية للبيهقي[٧] والترمذي[٨]، فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار، وهي مثل الأولى إلا أن فيها فائدة زائدة هي إثبات خيار المشتري.

وفي رواية ابن ماجة [٩]والمبيع قائم بعينه وهي مقيدة للأولتين بعدم هلاك المبيع، لأن الحديث واحد فذكر الراوي هذا القيد مرة وحذفه أخرى، والعبرة إنما هي بالمحكي وقد أورد القيد والمقيد مرة واحدة لاتحاد الحديث، ومفهومه يشهد للرواية الآتية [٣/٥٤٦] إن الحكم مع هلاك المبيع مخالف.

---

(١) في " المسند " (١ / ٤٦٦) بسند ضعيف.

(٢) في " المعجم الكبير " (ج ١٠ رقم ١٠٣٦٥).

(٣) في " السنن " (٢ / ٢٥٠).

(٤) في " التمهيد " (١٢ / ٢٣١).

(٥) (٢ / ٦٨).

(٦) تقدم تخريجه وهو حديث حسن.

(٧) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٣).

(٨) في " السنن " رقم (١٢٧٠).

(٩) في " السنن " رقم (٢١٨٦) وهو حديث حسن.

إذا عرفت هذا وإن الاختلاف مطلق وإن حمله البعض على الاختلاف في الثمن، فالمطلق يقيد بقواعد الدعوى الآتية إن شاء الله تعالى في بابها على حسبما يقتضيه الحديث المشهور فيها لأن متعلق الاختلاف مختلف الحكم.

فإن كان الاختلاف في وقوع العقد، (**فالقول في [٣/٥٤٦] العقد لمنكر وقوعه**) رجوعاً إلى البراءة عنه كما تقدم في النكاح (**و**) كذا في (**فسخه**) لأن دعوى الفسخ اعتراف بالوقوع فيكون الأصل عدم الفسخ (**و**) كذا في (**فساده**) وقد تقدم في النكاح ما يغني عن الإعادة إلا أن دعوى الفساد إن كانت منسوبة إلى فوات ركن أو شرط مجمع عليه، كان ذلك من إنكار العقد إذ الأصل عدم الركن، والشرط كما أن الأصل عدم العقد وإن كانت مجملة فهو الذي[أ] أراد المصنف........

وفي رواية البيهقي[1] استحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار، وهي موافقة لما مضى، وفيها زيادة يمين البائع.

وفي رواية الدارقطني[2] فالقول ما قال البائع وإذا استهلك فالقول ما قال المشتري، وفيها إيضاح اختلاف الحكم فيما بعد هلاك المبيع وعدم هلاكه، فحاصل هذا الروايات أن القول للبائع مع يمينه مع البقاء مطلقاً أعني قبل القبض وبعده في الثمن أو في غيره، وللمشتري بعد الهلاك ويمينه لازمة من غير هذا الحديث ولا خيار للبائع في حال وللمبتاع الخيار، وهذا كله مع عدم البينة كما هو لفظ الحديث، انتهى.

(أ) **قوله:** فهو الذي أراد المصنف، أقول: صرح في "الغيث" بإرادة الكل سواء كانت مجملة أو مفصلة، قال إن كانت الدعوى على جهة التفصيل ففيها ثلاثة أقوال:

الأول : للهادي وأحد قولي المؤيد أن القول قول مدعي الصحة مطلقاً.

الثاني: أخير قولي المؤيد القول قول مدعي الفساد مطلقاً.

---

(١) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٢ – ٣٣٣) .

(٢) في " السنن " (٣ / ٢١ رقم ٧١) .

بناء على[أ] أن الغالب في عقود المسلمين الصحة فلو كان الغالب هو الفساد وجب الحمل

الثالث[1]: تفصيل استوفاه هنالك، والمؤيد هنا كالهادي، وفي شرح الفتح ولا فرق بين أن يكون مدعي الفساد مجملاً أو مفصلاً عند الهادي وأحد قولي المؤيد وهو الذي في "الأزهار" و"الأثمار" وكأن الشارح لم يطالع شرح المصنف الذي أبان فيه مراده مع أن إطلاقه في "الأزهار" ينادي بمراده.

(أ) **قوله:** بناء على أن الغالب في عقود المسلمين الصحة، أقول: لفظ "البحر"[2] إذ الظاهر في عقود المسلمين الصحة، وفي الغيث أن أمور المسلمين محمولة على الصحة، قال "المنار"[3] على البحر هذا أصل كبير وهو تعارض الأصل والظاهر، فالأصل عدم اجتماع شرائط الصحة، وإن اجتمعت قرائن أو قرينة واحدة يحصل بها ظن خلاف الأصل، فهو المراد بالظاهر المعارض للأصل فيعمل به وإن انتفى الظن البتة فيرجع إلى الأصل لعدم الدليل لا لدليل العدم وإن أثارت القرائن تردداً بين الأصل وخلافه عمل بالأصل عند القائل بالاستصحاب، ووجب الوقف عند غيره حتى يرجح أحد الجانبين.

إذا عرفت هذا فاعلم أن معنى قولهم أمور المسلمين محمولة على الصحة بمعنى أن مقتضى الدخول في الإسلام التزام لوازمه، فيكون هو الظاهر من حال المتصف بالإسلام، وهذا هو عين قول أبي حنيفة أن الظاهر في المسلمين العدالة لأن الاتصاف بالإسلام يقتضي ويناسب الاتصاف بلوازمه، والمتصف بالإسلام ولوازمه هو العدل.

فقلنا له: نعم ما قلت لو وافقه الواقع لكنه ظهر الجرح في الناس ظهور الشمس حتى اضمحل ظن العدالة للأفراد لغلبة عدمها في أفراد لا تحصى بحيث أن العدل نادر أي نادر فلا يُظن في أي فرد

---

(١) الثالث لأبي العباس، والمنصور بالله، وأبي حنيفة والقاضي زيد: إن اختلفا في شرط هو ركن، وهو الذي يصير البيع باختلاله باطلاً فالقول قول مدعي الفساد، وإن كان غير ركن وهو الذي يصير البيع فاختلافه فاسداً فالقول قول مدعي الصحة.

" شرح الأزهار " لابن مفتاح (٦ / ٥٩٤).

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٤١١).

(٣) (٢ / ٦٥ - ٦٦).

عليه، لأن الفرد المجهول يحمل على الأعم الأغلب كما تقرر في الأصول •

(**و**) كذا القول لمنكر (***الخيار والأجل***) بناء على أن الغالب في المعاملة هو النقد[أ] أما لو كان الغالب هو التأجيل وجب الحمل عليه (**و**) القول لمنكر (***أطول المدتين***) في المؤجل إذ الأصل البراءة عن الزيادة (**و**) القول لمنكر (***مضيها***) أي مضي مدة الأجل لكن منكر مضيها يدعي زيادة وقع التنازع فيها فينافي ذلك كون القول لمنكر الزيادة •

أشرنا إليه أنه من ذلك النادر بل نظنه من الأكثر، وما ذكر من أن الإسلام يقتضي ذلك صحيح، لكن هذا المقتضي عارضه موانع جمة وهي الدواعي إلى فعل الشرور وترك الخير •

نعم إذا غلب ظن الصحة لعارض ما فلا عبرة بالأصل وذلك كالبيوع في الأمور النفيسة والمستمرات كالدور والضياع، فإنهم يتحرون لصحتها لا لأجل أنه مقتضى التزام الشريعة بل لحفظ أموالهم والشح بها فما جرى ذلك المجرى ربما يظن الحاكم صحة البيع ونحوه، سيما فيما جرت العادة أنه يكتب في محضر الفقهاء والقضاة، وهذا يقتضي أن تكون المسألة اجتهادية للقاضي ولا ترسم بأن الظاهر الصحة ولا أنه يحكم بالفساد بل يقال فيها هذا مما تعارض فيه الأصل والظاهر وأرجو أن هذا أصفا تحرير لها، انتهى. ولا يخفى حسن هذا الكلام ورصانته وجودته ومتانته وفي تعبير الشارح بقول الغالب إيماء بأنها اجتهادية عائدة إلى نظر الحاكم ليجتهد رأيه في المتنازع فيه من الغالب والمغلوب.

(أ) **قوله:** هو النقد، أقول: الأحسن هو التعجيل.

(**وإذا**) ادعى مالك الجارية أنه اثبت فيها حق البيع وادعى خصمه أنه أثبت حق النكاح و (**قامت بينتا بيع الأمة وتزويجها استعملتا**[1]) إن لم[أ] يضيفا إلى وقت واحد وإن أضافتا إلى وقت واحد تهاترتا كما سيأتي ورجع إلى الأصل وهو عدم النكاح والبيع، وعلى الوجهين[ب] يصير لبيت المال حيث كان المدعى للبيع هو السيد لأنهما كليهما نافيان لملكهما وإن كان هو المدعي للنكاح فهي له (**فإن**) لم يكن لأحدهما بينة و (**حلفا أو نحوه**) بأن نكلا تساقطت الحجتان و (**ثبتت للمالك**) إن كان هو المدعي للنكاح لا لو كان هو المدعي للبيع فلبيت المال كما تقدم ، وإذا ثبتت للمالك لم يثبت

(أ) **قوله:** إن لم يضيفا إلى وقت واحد، أقول: بل أطلقتا أو أضافتا إلى وقتين أو تطلق أحدهما وتؤرخ الأخرى.

(ب) **قوله:** وعلى الوجهين تصير لبيت المال، أقول: كتب الشارح رحمه الله تعالى بخطه أي استعمال البينتين وتهاترهما، انتهى. وفي شرح "الأثمار" أنه إذا ادعى شخص على آخر أنه باع منه أمة وادعى الآخر أنه تزوجها منه وبين كل واحد منهما فإنه يجب استعمال البينتين حيث أمكن فيحكم بالبيع والتزويج حملاً للشهود على السلامة، فيثبت للمشتري الملك ويبطل النكاح إذ الشراء يرفع النكاح إن تأخر ويمنعه إن تقدم إذ لا يتزوج مملوكته، انتهى.

قلت: وبه تعرف أن مع استعمال البينتين لا تكون الأمة لبيت المال كما قاله الشارح.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧١٣) :

وجهه إمكان الجمع بين الأمرين بأن يزوجها منه أولاً ثم يبيعها .

ثانيا : وإذا لم يمكن استعمال البينتين بأن يضيفا إلى وقت واحد بطلتا ورجع إلى الأصل وهو بقاء ملك البائع إلا أن يدعي البيع فإنه ها هنا مقر بخروجها من ملكه ومدعي النكاح ناف لملكها فتصير لبيت مال المسلمين ، لكن إذا كان البائع مقراً باستيفاء ثمنها ، أما إذا كان مطالباً به فإقراره مشروط بتسليم الثمن ، فلا تخرج عن ملكه إلا به وإلا بقيت في ملكه وأما إذا حلف فقد تضمنت يمين البائع نفي إنكاحها وتضمنت يمين مدعي التزويج نفي بيعها فتبقى في ملك البائع إلا أن يكون البائع مع إنكار تزويجها مدعياً لبيعها ، فهو ناف لملكها ، والكلام فيه كما تقدم في البينتين .

على المشتري مهر لأن المالك رد الإقرار به ولا ثمن لأنه ناف لسببه وهو البيع (**لا**) لو أقامت الأمة البينة على أن سيدها أعتقها، وأقام رجل البينة على أنه شراها من سيدها وحينئذٍ قامت (**بينتا**[1] ***العتق والشراء فالعتق***[أ]) يحكم به إذا كانت البينتان (**قبل**

(أ) **قوله:** فالعتق يحكم به.. إلخ، أقول: لم يعلل الشارح الحكم بالعتق، وقد علله في "البحر"[2] و"الغيث" وشرح "الأثمار" بقوة النفوذ، قال عليه "المنار"[3] هكذا يحتجون بقوة نفوذه في عدة مواضع وذلك حين يحصل التعارض كما هنا ويستأنسون لقوة نفوذه بمثل السراية في إعتاق الشريك الغني، وفي عبارة إمام الحرمين لتشوق الشارع إلى العتق، وأقول لا يتلخص لي ما زعموا لأن حاصله قياس مثل مسألتنا هذه على مثل مسألة عتق الغنى لحصته، والقياس يفتقر إلى المساواة وتحرير ملك شريك في تلك الصورة مثلاً لحكمة لا توجد فيما نحن فيه من تعارض العتق والبيع، وتلك الحكمة هي ما أشار إليه صلى الله عليه وآله وسلم، لا شريك لله، ولم يعتبر هذه الحكمة في المعتق الفقير حفظاً لحق المخلوق، وهذا سند وإلا فالحجة منع المساواة للقياس.

فإن قلت لا يريدون في مثله القياس وإنما يريدون أن الترجيح لأحد المحتملين سنده عناية الشارع في أحدهما بأنه من القرب، وقد روعي ذلك في مثل مسألة إعتاق الشريك الموسر مثلاً.

قلت: هذه قنطرة أخرى لا يسلم خطرها إلا من عرف بناها وأساسها وذلك أن الترجيح هو ما يحصل به الظن أن الأمر على أحد المحتملين في الواقع، ولا يلزم من عناية الشارع وتشوقه إلى العتق

---

(١) وأما قوله: " ولا بينتا العتق والشراء " " فالعتق قبل القبض، والشراء بعده " فوجهه أن بينة المشتري قبل القبض ضعيفة بالنسبة إلى بينة العتق، لأنها قوية مع بقاء الأمة في يد معتقها، ولا أرى هذا المرجح راجحاً بل ينبغي الترجيح بين نفس البينتين، فإن تساوتا من كل وجه بطلتا وبقيت الأمة لمالكها، هذا إذا أطلقتا كما ذكر المصنف أو أرختا بوقت واحد، وأما إذا اختلف التاريخ فالحكم للبينة الأولى، فإن شهدت بالبيع لم يصح العتق وإن شهدت بالعتق لم يصح البيع.

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧١٣).

(٢) " البحر الزخار " (٣ / ٤١١).

(٣) (٢ / ٦٦ – ٦٧).

القبض) من مدعي الشراء للأمة (**و**) يحكم ببينة (**الشراء بعده**) لأن القبض قرينة تقدم الشراء وعدمه قرينة تقدم العتق .

هذا (**إن**) كان البينتان (**أطلقتا**) فإن أرختا عمل بالمتقدمة فإن أطلقت أحداهما حمل على التأخر لأنه يحكم لها بأقرب وقت كما سيأتي إن شاء الله تعالى على ما فيه .

وأما إقرار المالك لأحدهما فإن كانت باقية في يده فذلك قبل قبض المشتري وبينة العتق هي المقدمة في هذه الحالة كما عرفت، وإن لم تكن في يده فهو مصادقة على الغير لا تصح إلا أن لا يكون لأحدهما بينة رأساً، فلمن أقر له فإن أقر لهما عتقت ولا سعاية لأن مالكها مستهلكها إذ الفرض أنها ليست في يد المشتري، وإلا كان الإقرار بالعتق دعوى على الغير هذا إذا كان الاختلاف في العقد (**و**) إن كان الاختلاف (**في**) أحوال (**المبيع**) ففي قبضه القول (**لمنكر قبضه و**) في تسليمه القول لمنكر (**تسليمه**) إما مطلقاً أو أنكر تسليمه (**كاملاً أو**) أنكر تسليمه (**مع زيادة**) ادعاها البائع (**و**) في تعيبه القول لمنكر (**تعيبه و**) القول لمنكر (**أنَّ ذا**) الذي ادعيت كونه عيباً (**عيب**) فيبين مدعي العيب بشهادة عدلين أنه عيب كما تقدم (**لا**) القول بعد التصادق على أنه عيب لمنكر كونه (**من قبل القبض**) .

هذا (**فيما يحتمل**) أنه من قبل القبض ويحتمل أنه من بعده، أما لو علم كونه من قبله كالعيب الخلقي حكم بأنه من قبل القبض .

أن يكون العتق متقدماً في صورة البيع والعتق، فإن الترجيح إنما يهديك إلى الواقع في نفس الأمر حقاً كان أم باطلاً.. إلى آخر كلامه [٣/٥٤٧].

(**و**) القول لمنكر (***الرضا به قيل و***) إذا **[٥٤٣/٣]** اختلفا في قدر المبيع فالقول لمنكر (***أكثر القدرين***) ولا وجه لتضعيفه لأنه كما تقدم في أطول المدتين، ولكن[أ] قاسه أبو طالب على الاختلاف في جنس المبيع ونحوه، قبل قبضه حيث لا بينه كما سيأتي توهماً أن زيادة المقدار كزيادة الصفة ليس كذلك، فإن زيادة المقدار لا تصح بينة

(أ) **قوله:** ولكن قاسه أبو طالب، أقول: القيل لابن أبي الفوارس[١] كما قال المصنف إلا أنه حصل أبو طالب للمذهب خلافه وهو أنهما إن لم يقيما ولا أحدهما البينة تحالفا وبطل البيع، انتهى. واعلم أنه قد ذكر في الفتح وشرحه القولين، وقال إنه ذكر أبو طالب في هذه المسألة أنهما إذا أقاما البينة حكم للمشتري دون البائع، فافهم أنه يقول أنهما إذا لم يقيما البينة كان القول للبائع، ومثله ذكره ابن أبي الفوارس في مسألة السلم حيث قال: أسلمت إليك كذا في مدين، وقال المسلم إليه في مد، ورجحه كثير من المذاكرين للمذهب وصححه الفقيه [يوسف][٢] في "الرياض"[٣]، ثم قال إذا كان هذا الاختلاف والانضراب فغير بعيد أن يكون الأقيس ما ذكره الفقيه ف[٤] إذ هو المناسب لما ذكره أبو طالب في مسألة البيع كما تقدم، وإن خالف رواية الإمام عنه، ومناسب لما ذكره ابن أبي الفوارس في مسألة السلم والمذاكرون وذلك لأن المشتري مصادق للبائع أنه قد وقع العقد بألف لكن قال إن الجارية انطوى عليها لفظ البيع مع العقد والأصل عدمه، فافهم هذه المسألة فقد استوفيت ما فيها وللناظر نظره، فلم يذكر ذلك في مجالس الجمع، انتهى. والشارح قد حام حول تقرير أن القول للبائع وهو الذي استوفاه شارح "الفتح".

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٦٠٤) .

(٢) في المخطوط رمز له بـ " ف " .

(٣) الرياض الظاهرة على التذكرة الفاخرة

تأليف : يوسف بن أحمد الثلائي اليمني .

ويسمى في بعض المصادر " الرياض الظاهرة والجواهر الناضرة واليواقيت الباهرة الموضحة لغرائب التذكرة .

" مؤلفات الزيدية " (٢ / ٦٧ رقم ١٦٨٤) .

(٤) الفقيه يوسف .

بينة البائع على نفيها لبطلان الشهادة على النفي بخلاف البينة على الجنس فليست بينة على نفي غيره فهو صحيحة لكن بينة المشتري أولى منها لأنها خارجة وإن كانت بعد القبض لتصادقهما على أن يد البائع سابقة، والأصل عدم ناقلها عما أنكره.

(و) إذا ادعى المشتري على بائع لم يقبض الثمن أنه قبض المبيع بإقباضه، والبائع يريد حبسه حتى يستوفي الثمن، فإن القول (**لبائع لم يقبض الثمن في نفي إقباضه**[1]) أي جعل المشتري قابضاً للمبيع (و) القول (**للمسلم إليه في قيمة رأس المال**) إذا اختلفا فيه وكان قيمياً (**بعد التلف**) كل ذلك لأن الأصل مع من جعل القول قوله في جميع ما تقدم.

(**فإما**) إذا اختلفا (**في**) تعيين (**جنس المبيع**) الذي تسميه المناطقة نوعاً نحو تمر صيحاني أو برني (**وعينه**) هذا الثوب أو هذا الثوب (**ونوعه**) الذي[أ] يسميه المناطقة جنساً براً أو شعيراً (**وصفته**) ثوب أحمر أو أبيض (**ومكانه**[1]) من البلد أو

(أ) **قوله:** الذي يسميه المناطقة جنساً، أقول: في "القاموس" [2]الجنس بالكسر أعم من النوع وهو كل ضرب من الشيء، فالإبل جنس من البهائم، انتهى، وفيه [3]النوع كل ضرب من الشيء وكل صنف من كل شيء وهو أخص من الجنس، انتهى. وهو باصطلاح أهل المنطق أوفق.

---

(١) وجهه أن الأصل عدم قبض المشتري للمبيع ، وأما بعد أن يقبض البائع الثمن فلا يكون القول قوله ، والظاهر أنه لا فرق بين قبض الثمن وعدمه وأن بقاء المبيع في يد البائع يوجب أن يكون القول قوله في نفي الإقباض على كل حال لأن الأصل عدمه ، وبقاؤه في يد البائع قرينة مقوية للأصل .

وأما قوله : وللمسلم إليه في قيمة رأس المال فلا وجه له لأنه لا أصالة هاهنا ، ولا ظهور ، فينبغي أن يكون القول قول منكر الزيادة والبينة على مدعيها .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧١٤) .

(٢) " القاموس المحيط " (ص ٦٩١) .

(٣) أي " القاموس المحيط " (ص ٩٩٣) .

غيره فإن كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله وإن لم يكن قد قبض (**ولا بينة**) لأحدهما (**فيتحالفان ويبطل**) البيع بناء على أن للتحالف أصلاً من السنة، وقد عرفناك أن لا أصل له إلا تحليف البائع، فالحق أن القول في هذه للبائع كما سيأتي في الثمن لأن الأصل قبل قبض المبيع عدم تعلق البيع بما ادعاه المشتري، وإنما يجب على البائع اليمين كما هو صريح الحديث، وكذا يكون القول قول البائع بعد قبض المشتري للمبيع، وإذا أنكر الإقباض لأنهما متصادقان على تقدم يد البائع، والأصل عدم ناقلها لأن النزاع في الناقل.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عن الاختلاف في الصفة فإنه يجب على المشتري قبولها، قال المصنف للتسامح فيها عادة وهو تهافت لأن الغالب تعلق الأغراض بها بحيث لو عدمت لما اشتريت السلعة (**فإن بينا**) كل على مدعاه (**فللمشتري**) أي فتقدم بينة المشتري لأنها خارجة فلا وجه لتقييدها بقوله: (**إن أمكن عقدان**) لأن بينة الخارج تقدم سواء كان هناك عقدان أو لا (**فقوله وإلا**) يمكن عقدان بأن تصادقا على أنه ليس إلا عقداً واحداً أو أضافا إلى وقت واحد (**بطل**) البيع ضعيف أيضاً .

....

---

(١) أما هذه الأمور الخمسة لا يترجح فيها أحد الجانبين بل يستويان ، فمن بدأ بالدعوى منهما فيها كان هو المدعي وعليه البينة ومن أنكرها فهو المدعى عليه اليمين ، فإن ادعى كل واحد كل منهما بأن يقول هو هذا الجنس ويقول الآخر هو هذا أو هو هذه العين ويقول الآخر هو هذه وكذا في النوع والصفة والمكان فتطلب من كل واحد منهما البينة على ما ادعاه ، ويعمل على ما قامت عليه وإن بينا جميعاً فقال المصنف إن بينة المشتري أرجح لأنها خارجة إن أمكن عقدان وإلا بطل البيع وهذا مسلم مع استواء البينتين وعدم وجود مرجح يرجح إحداهما على الأخرى بوجه من وجوه الترجيح الآتية ، وهكذا إذا تخالفا مع عدم البينة لأن المفروض أن كل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من أخرى ، فلا يكون أحدهما أرجح حيث كانا متفقين على أنه لم يقع البيع إلا لشيء واحد .

(**و**) إن كان الاختلاف (**في**) أحوال (***الثمن***) ففي عينة القول (***لمدعي ما يتعامل به في البلد ثم***) إذا كان الاختلاف في قبضه كان القول (***للبائع في نفي قبضه مطلقاً***) سواءً كان الاختلاف في المجلس أو بعده (***إلا***) أن يكون اختلافهما (**في**) ثمن (***السلم ففي المجلس***) يكون القول قول البائع في نفي قبضه (**فقط**) أي لا بعده [1]لأن العرف في السلم قبضه في المجلس فهو مدع للفساد وقد عرفت أن القول لمنكره .

(**و**) القول أيضاً قول البائع (***في قدره وجنسه ونوعه وصفته قبل تسليم المبيع***[2]) لأن اليد[أ] له على المبيع نحو الحبس له حتى يحضر الثمن ويقبض بتخلية أو نقل.

(أ) **قوله:** لأن اليد له على المبيع بحق الحبس، أقول: فيكون القول قوله فيما ذكر لأنه لا يلزمه تسليم المبيع إلا بما ادعى من الثمن أو بما صح من البينة، إلا أنه صرح في شرح الأثمار بأن ذلك حيث يكون المشتري هو الطالب لتسليم المبيع، فعليه البينة بأنه يدعي الزيادة.

واعلم أن مؤلف الأثمار ضعف جعل هذا التفصيل للمذهب، قال: والصحيح أن القول للمشتري في قدر الثمن وجنسه ونوعه وصفته مطلقاً، سواء كان ذلك قبل أن يسلم للمشتري المبيع أو بعده، وسواء كان هو الطالب للمبيع أو البائع هو الطالب للثمن، وهو المذكور في "البحر"[3] للقاسمية

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧١٥) لا وجه له إلا ما يذكرونه من أنه إذا احتمل العقد وجهي صحة وفساد كان جانب الصحة أرجح ، ولا أرى هذا مرجحاً بل يتوجه الرجوع إلى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأن على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين .

(٢) وأما قوله : " وللبائع في قدره وجنسه ونوعه وصفته قبل تسليم المبيع " فلا وجه لهذا إلا ما يذكرونه من أن اليد للبائع قبل التسليم ولا أرى هذا مرجحاً بل القول في القدر لمنكر الزيادة وأما في الجنس أو النوع أو الصفة ، فكما تقدم في المبيع من غير فرق بين أن يكون الاختلاف قبل تسليم المبيع أو بعده .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧١٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٣ / ٤١٣) .

قلت: أما في القدر فالقول قول نافي الزيادة لأنه[أ] قد وقع التصادق على الأقل ولهذا قيل أن الأخذ بأقل ما قيل أخذ بالإجماع (**لا**) لو اختلفا (**بعده**) أي بعد تسليم المبيـــع (**فللمشتري**) إذا كان المبيع قد تلف في يده، أما لو كان باقياً فأقوال ثلاثة[1] .

أحدها : للهادي كما لو كان قد تلف [٥٤٨/٣] وهو إطلاق "الأزهار" .

وثانيها : للفقهاء يتحالفان ويترادان المبيع .

وقال المؤيد بالله كذلك في غير المقدار وفيه قولان مع الهادي ومع الفقهاء، ولكن لم يظهر لي وجه فرق الهادي بين المبيع والثمن، في إثبات التحالف في المذكورات في المبيع لا في الثمن.

وأبي ثور وابن شبرمة وزفر وذلك لأن البائع مصادق للمشتري في ملكه للمبيع، على كل حال فـــلا تأثير لذلك التفصيل لأن الدعوى حينئذ لم تكن إلا في الثمن، فكان ذلك كالاختلاف في الـــدين في أن البينة على مدعي الأكثر لأن الأصل عدم لزوم ما يدعيه، انتهى.

قلت: وعلل في "البحر "هذا القول بأن البائع يدعي الزيادة وهو مصادق على بطلان ملكـــه، قـــال عليه "المنار"[2] الجواب أن البائع لم يقر بزوال ملكه مطلقاً بل بالثمن المدعى فلم تتفق دعواهما على أمر متحد بل تعلقت دعوى كل واحد منهما ببيع مخالف للآخر، ولذا لم يحكم للبائع مع اســـتحلافه لأنه إنما حلف ليرد دعوى الآخر للمبيع بالثمن الناقص، فكان المشتري بالخيار بعد ذلك، إن شـــاء صادق البائع على دعواه وإن شاء ترك فيمين كل منهما لترد دعوى الآخر والمتاركة لعدم العقـــد؛ لأنه لم يتحد بل كل يدعي بيعاً ليس هو ما يدعيه الآخر.

(أ) **قولـه:** لأنه قد وقع التصادق على الأقل، أقول: فيه تأمل إذ البائع لم يصـــادق أنـــه كـــل الـــثمن والمشتري يقول: إنه كل الثمن فلم يتوارد التصادقان على محل واحد [٥٤٨/٣].

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٦ / ٦١٣) .

(٢) (٢ / ٦٨ - ٦٩) .



كتاب الشفعة[أ]

(أ) **كتاب الشفعة:** أقول: في "القاموس"[1] أنها حق عند الفقهاء لملك الشقص على شريكه المتجدد ملكه قهراً بالعوض، وفي والإمداد بإسكان الفاء وحكي ضمها وهي لغة من الشفع بمعنى الضم[2] أو الزيادة أو التقوية أو الشفاعة، أقوال متقاربة أشهرها الأول، فهي ضم نصيب إلى نصيب وشرعاً حق بملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما يملك بعوض.

وأصلها قبل الإجماع ما صح من حديث[3] " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" خرجه الستة وصح[4] أيضاً قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، والمعنى فيه دفع مؤونة القسمة واستحداث المرافق في الحصة الصائرة إليه، فليست تعبدية خلافاً لابن السمعاني والإمام.

(١) " القاموس المحيط " (ص ٩٤٧) .

(٢) قاله ابن الأثير في " النهاية " (١ / ٨٧٧) .

(٣) أخرجه أحمد (٣ / ٣٧٢ ، ٣٩٩) والبخاري رقم (٢٢٥٧) من حديث جابر .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٦٠٨) .

فصل

(**تجب**)[أ] لما سيأتي من السنة وادعى المصنف الإجماع[1] إلا عن الأصم كأنه حمل الأحاديث فيها على الندب أو الأولوية، كما تدل عليه صيغة التفضيل في أحق بصقبه[2] ونحوه.

وهي تجب (**في كل عين**) لا في المنافع كمنفعة المؤجر من غير الشريك والجار بناء على أن المنفعة ليست بشيء حتى تدخل في عموم حديث "الشفعة في كل شيء"، أخرجه الترمذي[3] من حديث ابن عباس وعلي أنها لا تكون مشتركة حتى تدخل في كل شرك، كما أخرجه مسلم [4]من حديث جابر، وكلا الأمرين في حيز البطلان، إذ لو لم تكن شيئاً ولا مشتركة لما صح بيعها بالإجارة، ولا قسمتها بالمهايأة، ونحو ذلك.

(أ) **قال:** تجب، أقول: في إسناد الوجوب إليها تسامح إذ الوجوب على من طلبت منه أن يسلمها لأنها تجب على الشافع، فالمراد يجب تسليمها، فالإسناد إلى الشفعة مجاز لأنها سبب الإيجاب القريب وإلا فالتحقيق أن سببها هو الخلطة ونحوها.

---

(١) انظر كتاب " الإجماع "لابن المنذر (ص ١٢١).

(٢) أخرجه أحمد (٤ / ٣٨٩) والنسائي رقم (٤٧٠٣) وابن ماجه رقم (٢٤٩٦) عن الشريد بن سويد قال : قلت : يارسول الله ، أرض لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ؟ فقال : " الجار أحق بسقبه ماكان ".
وهو حديث صحيح.

* أحق بسقبه بفتح السين المهملة والقاف وبعدها باء موحدة ويقال بالصاد المهملة بدل السين المهملة ويجوز فتح القاف وإسكانها وهو القرب والمجاورة.
" النهاية في غريب الحديث " (١ / ٧٨٥) " الصحاح " للجوهري (١ / ١٦٣).

(٣) في " السنن " رقم (١٣٧١) وهو حديث ضعيف.

(٤) في صحيحه رقم (١٣٤ / ١٦٠٨).

فالحق ثبوت[أ] الشفعة فيها ....

(أ) **قولـه:** فالحق ثبوت الشفعة فيها، أقول: أي في منافع العين المؤجرة وهو واضح أنه الحق لوضـــوح الدليل عليه، وهما وجود الاسم وعلة الشفعة، كما قاله الشارح.

أما وجود الاسم فهو عموم حديث[1] في "كل شيء" وعموم حديث في كل شرك إلا أن حـــديث في كل شيء تكلم فيه مخرجه الترمذي بقوله: هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حـــديث أبي حمـــزة اليشكري[2]، وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكـــة عـــن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وهذا أصح، انتهى. والشارح لم يذكر رفعه ومذهبه أنـــه لا يعمـــل بالمرسل، وأما حديث[3] "في كل شرك" فتمامه لم يقسم ربع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يـــؤذن شريكه الحديث، ففي قوله أن يبيع مما يدل على اختصاصه بما أخذ بعقد البيع.

وأما وجود العلة فلا ريب أنها حاصلة في الإجارة وهي دفع الضرر من الغير فعندنا مرسل الصـــحابي حجة تثبت به وبالعلة الشفعة والشفعة بالإجارة يقول بها الشافعي وهو أحد كلامي أبي طالب .

---

(١) أخرجه الترمذي رقم (١٣٧١) .

قلت : وأخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٠٩) والطحاوي في " شرح معاني الآثـــار " (٤ / ١٢٥) والدارقطني (٤ / ٢٢٢ رقم ٦٩) كلهم من طريق أبي حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكـــة عن ابن عباس به .

وقال الترمذي : " هذا حديث لانعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري ، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بـــن رفيع عن أبي ملكية عن النبي مرسلا وهذا أصح " اهـــ .

وقال الدارقطني : " خالفه – يعني أبا حمزة – شعبة وإسرائيل وعمرو بن أبي قيس ، وأبو بكر بن عياش ، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة مرسلاً وهو الصواب ووهم أبو حمزة في إسناده " .

وخلاصة القول : أن الحديث ضعيف والله أعلم .

(٢) كذا في المخطوط وصوابه السكري . انظر مصادر التخريج .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٣٤ / ١٦٠٨) وأبو داود رقم (٣٥١٣) .

وهو حديث صحيح .

لوجود[أ] الاسم وعلة الشفعة فيها .

أما قول[ب] المصنف أنها إنما وردت في البيع وهو للأعيان دون المنافع فهو تغافل عن مذهبه في الأصول من أن[ج] العموم لا يقصر على سببه، وأيضاً[د] هو تخصيص للعلة بلا

وقواه الفقيه كما في "الغيث"، قال بناء على أن المنافع مال لقوله تعالى ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[١] وقد قال في آية أخرى لا جناح عليكم أن تبتغوا بأموالكم[٢] فدل على أن الخدمة مال لأنه قد جعلها مهراً، وإذا كانت مالاً صحت الشفعة في بدلها، انتهى.

قلت: وتوقف الشفعة على تسمية المشفوع فيه مال إنما هو اصطلاح لهم لأنهم أخذوا في حدهم لها لفظ المال حيث قالوا : بعوض معلوم مال وإلا فكون المنفعة شيئاً كاف في صحة الشفعة فيها كما أفاده الحديث.

(أ) **قوله:** لوجود الاسم، أقول: أي دخولها تحت لفظ شيء وعموم لفظ الشرك لها، وقوله وعلة الشفعة لم يتقدم له ذكر العلة مراده بها دفع الضرر.

(ب) **قوله:** وأما قول المصنف أنها إنما وردت في البيع.. إلخ، أقول: هذا اللفظ لم أجده للمصنف في "الغيث" ولا في "البحر" وكلام الشارح صحيح.

(ج) **قوله:** من أن العموم لا يقصر على سببه، أقول: أي عموم الشفعة في كل شيء إذ قد تقرر في الأصول أنه لا يقصر العام على سببه إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

(د) **قوله:** وأيضاً، أقول: ويعود إلى الإيراد على المصنف بأنه خصص العلة وهي دفع الضرر بلا مخصص، إذ ورود العام على الخاص من الأسباب لا يعد مخصصاً ولا وجه لقوله عند أئمة القياس إذ تخصيص العام بلا مخصص لا يقوله أحد على أنه سيأتي للشارح أن حديث الشفعة في كل شيء مرسل، ويأتي أنه من روايات الطحاوي[٣] عن جابر ورجاله ثقات ويأتي له إبطال كون علة إثبات

---

(١) [سورة القصص : ٢٧] .

(٢) قال تعالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ... ﴾ [النساء : ٢٤] .

(٣) في " شرح معاني الآثار " (٤ / ١٢٥) وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

مخصص ولا يصح عند أئمة القياس ولا يقال الشفعة إنما تكون لدفع ضرر يتأبد كما احتج به الفريقان على منع الشفعة في المنقول، لأنا نقول قد أجاب المصنف عليهم بمنع الحصر.

قلت: لأنه لا دليل عليه فهو مجرد دعوى ولا بد أن تكون العين أو المنفعة (**ملكت**) لا إذا لم تملك كالعارية والموقوفة ولا بد أن يكون الملك (**بعقد**) لا بإرث ونحـــوه، لأن الوارث أخص من الشريك والجار، ولأن دليله قطعي ودليل الشفعة ظني (**صحيح**) لا باطل اتفاقاً، ولا فاسد خلافاً[أ] للمنصور لنا أن عقده غير مستقر فهو كالعارية.

وأجيب بالمنع بعد القبض، ولأن تجويز التفاسخ لا يمنع ملك الشفيع كمـــا لا يمنـــع ملك المشتري، فهو طرد في المانع إذ لو منع الشفيع لمنع المشتري ولأن الشـــفعة توجـــب انتقال ملك المشتري، وذلك استهلاك والاستهلاك يمنع رد عين المبيع بفاسد، ولو ســـلم فإذا حكم به استقر، قلنا: لا يملك إلا بالقيمة وهي متفاوتة فلا يعلم مقدار الثمن، قـــالوا: ذلك غير مانع، كما لو كان[ب] الثمن قيمياً في الصحيح اتفاقاً.

الشفعة التضرر ، وأنها عادت على عموم النص بالإبطال فتبطل.

(أ) **قولـه:** خلافاً للمنصور، أقول: المنصور يقول بصحة الشفعة في العقد الفاسد مطلقـــاً قـــبض أو لا، والإمام يحيى يقول بصحتها فيه بعد قبض المبيع كما في "البحر"[1]، فقوله وأجيب بالمنع بعد القـــبض لا يوافق مقالة الإمام يحيى، وقوله ولأن الشفعة توجب انتقال ملك المشتري يقال عليه هذا استدلال بمحل النزاع، فإن الخصم مانع للشفعة فكيف يستدل عليه بما يمنعه، فهذه مصادرة وكأنه لذلك قال الشارح ولو سلم.

(ب) **قولـه:** كما لو كان الثمن قيمياً، أقول: هذا دليل المنصور واستدل به المصنف للإمام يحيى وهـــو صحيح لهما.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٤) .

قلت: وعلى ملكه بالقيمة لا بالثمن ما قدمناه[أ] لك هنالك من سقوط القول بذلك، وقد مال[ب] المصنف إلى ما ذكرناه وقواه، لكن لم يسند التقوية إلا إلى أن حديث الشفعة في كل شيء لم يفصل ولا يجديه ذلك، لأنهم يجيبون بأن القياس[ج] فاصل يقيد به المطلق ويخصص به العام.

فالتعويل إنما هو على ما قررناه على أن ههنا بحثاً آخر وهو أن البائع منهي عن البيع قبل أن يؤذن شريكه كما ثبت ذلك من حديث ابن عمر[1] عند الجماعة بلفظ: " لا يحل

(أ) **قولـه:** ما قدمناه لك هنالك، أقول: من أن كونه بالقيمة لا يتمشى إلا على القول بحرمة الدخول فيه كالربا.

(ب) **قولـه:** وقد مال المصنف، أقول: قال في "البحر"[2] قلت: وهو قوي إذ لم تفصل أدلة الشفعة في كل شيء وجهالة القيمة مغتفرة كما في العقد الصحيح حيث الثمن قيمي، انتهى. إلا أنك قد عرفت أن الشارح قوى كلام المنصور وهو جواز الشفعة في الفاسد مطلقاً، والمصنف قوى كلام الإمام يحيى وهو جوازها فيه بعد القبض فتأمل.

(ج) **قولـه:** بأن القياس فاصل.. إلخ، أقول: يريد به قياس العقد سد على العارية فإن الكل يكون به ملكاً غير مستقر.

قلت: وهو قياس غير صحيح في نفسه فإنه إن أريد قياس العقد الفاسد على عقد العارية فالعارية لا عقد فيها، وإن أريد قياس العين المعقود عليها عقداً فاسداً على عين العارية فالقياس إنما يجري في الأحكام لا في الأعيان، وبأنه قد أجيب عن القياس بأنه ممنوع بعد القبض إذ بعده تملك العين بالعقد الفاسد والعارية لا ملك فيها أصلاً، ولا قياس مع الفارق.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٤).

له أن يبيع حتى يؤذن شريكه " فالبيع[أ] إذن فاسد على أصل من يجعل النـــهي مقتضـــياً للفساد كما هو رأى [٣/٥٤٩] المصنف، فيلزم أن لا تصح فيه الشفعة ....

(أ) **قولـه:** فالبيع إذن فاسد، أقول: في الأمداد وما أفهمه الخبر من وجوب استئذان الشريك قبل البيع من أنه إذا استأذن له فأذن له لا شفعة له لم يصر إليه أحد من أصحابنا، في الثـــاني ولا أكثـــرهم في الأول، لما قام عندهم، والجواب بأنهم تمسكوا ببقية الأخبار وبأن عدم الحل المراد بـــه عـــدم الأولى، والمراد أن ذلك لا يحل حلاً مستوي الطرفين فيه نظر، إذ المقيد محمول علـــى المطلـــق [٣/٥٤٩]، وانتفاء الحل ظاهر في الحرمة، فلا يحمل على غيرها إلا بدليل، ومن ثمة ذهب الفارقي[١] إلى حرمـــة البيع قبل الاستئذان وكلام الإمام يقتضيه إن علم بالنهي، لكن قال هذا التحريم لا يمنع صحة العقد وإلا لانتفى الأخذ بالشفعة، انتهى.

قلت: لأنه إذ أفسد لم يأخذ الشفيع الشفعة فهو المراد بقوله وإلا لانتفى الأخذ بالشفعة، وقوله: أنـــه لم يصر إليه أحد من أصحابنا في الثاني من الشافعية[٢]، وكذلك لم يصر إليه المالكية[٣] وأبو حنيفة[٤] وعثمان البتي وابن أبي ليلى[٥] وغيرهم، وخالف في ذلك الثوري[٦] والحاكم وأبو عبيدة وطائفة من أئمة الحديث، قالوا: إذا أذن البائع الشريك بالبيع فباع ثم أراد أن يشفع فإنه ليس له ذلك، وظاهر الحديث معهم، والحق العمل بالحديث في الأمرين، وقررناه في "سبل السلام "[٧].

---

(١) انظر : حاشية الرملي على " أسنى المطالب " (٥ / ٢٨١) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ١٠٩) .

(٣) " التهذيب في اختصار المدونة " (٤ / ١٢٩) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٣٢١ – ٣٢٢) .

(٥) انظر : " المغني " (٧ / ٥١٥) .

(٦) " المغني " (٧ / ٥١٥) .

(٧) (٥ / ١٩٦) بتحقيقي .

والعمل[أ] من المسلمين كلهم على إثبات الشفعة فيه، ولا بد أن يكون العقد الصحيح (**بعوض**) أيضاً لا كالهبة بغير عوض خلافاً لمالك[ب] وابن أبي ليلى، قلنا: الشفعة إنما تكون بعوض ولا عوض، قالوا: بالقيمة كما لو كان الثمن قيمياً قلنا: بقيمة الثمن لا بقيمة المبيع، قالوا: لا فرق، قلنا: كالميراث، قالوا: اختصاص الوارث ثبت بحكم القرآن واختصاص المتهب ثبت بحكم الواهب[ج] فهو أشبه بالمشتري من الوارث..................

(أ) **قوله:** والعمل من المسلمين كلهم على إثبات الشفعة فيه، أقول: أي في البيع الذي لم يتقدم من بائعه إعلام لشريكه بالبيع وهو عقد فاسد لأنه منهي عنه، وهذا إيراد لا ينهض لهم على دفعه دليل فإنهم لم يعارضوا حديث النهي بما يقاومه، فالحق ثبوت الشفعة في العقد الفاسد كما قواه الشارح، والقول بأنه لا ثبوت للعقد المنهي عنه رأساً ولا يثبت به ملك فلا يتم فيه شفعة.

(ب) **قوله:** خلافاً لمالك، أقول: في "النهاية "[1]المشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأروش الجنايات وغير ذلك، وبه قال الشافعي[2] وعنه رواية ثابتة أنها تجب في كل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض، كالهبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث، فإنه لا شفعة فيه باتفاق، واعلم أن ابن أبي ليلى [3]يقول بصحتها في الهبة والصدقة بغير عوض، ومالك يقول بصحتها في الهبة والصدقة هكذا في "البحر"[4]، ومنه ينقل الشارح فما كان له جعل كلامهما واحداً.

(ج) **قوله:** بحكم الواهب، أقول: بل بحكم الله تعالى حيث أذن للعبد يهب ماله لأخيه بل حث عليه.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ١٧) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ١٠٣) .

(٣) ذكره ابن قدامة في " المغني " (٧ / ٤٤٤) .

(٤) " البحر الزخار " (٤/ ٤) .

قلنا: الشفعة مخالفة[أ] للقياس فتوقف على موردها وهو البيع، قالوا: السبب وإن كان خاصاً فالعلة وهي أولوية الجار عامة وهي الموجبة للحكم فيتعدا إلى كل محالها، وكونها مخالفة للقياس ممنوع بل موافقة للقياس لحديث: " ما زال ربي يوصيني بالجار حتى حسبته يورثه" أخرجه الشيخان[1] وغيرهما من حديث عائشة وابن عمر، وفي الباب غير ذلك

(أ) قوله: مخالفة للقياس، أقول: اختلف هل هي مخالفة للقياس أم لا، فذهبت الحنفية والقاسمية إلى أنها موافقة له للحاجة إليها كالبيع والإجارة، وقالت الناصرية والإمام يحيى[2] بل هي مخالفة لقياس الأصول، لأن المشتري على غير ثقة من استقرار الملك فخالفت قوله تعالى: ﴿ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه " [3]ولأن الأذية لا تدفع عن شخص بأذية آخر.

قال المصنف في "البحر"[4]: قلت عمومات خصها القياس على أصول أخر كالفسخ بالعيب والغرر ونحوهما مما شرع لدفع الضرر فلم تخالف كل الأصول، انتهى. قال عليه "المنار"[5] عبارة غير جيدة لأنه ليس إثبات الشفعة بالقياس إذ ثبتت بالنص إنما الغرض رد تعميم الخصم لمنافاة الشفعة بكل قياس أنها وإن خالفت قياسات فقد وافقت قياسات أخر، فكان حق العبارة ما ذكرنا. انتهى.

قلت: تحصل من الكل أنها قد وافقت أقيسة وخالفت أقيسة، فإلحاقها بأحد الأمرين هو المفتقر إلى الدليل ودليل ثبوتها النصوص النبوية، وفي شرح الأثمار قال بعض المحققين هي ثابتة استحساناً بالقياس الخفي إذ هي لدفع ضرر الخليط أو الجار، وهو مراد من قال أنها موافقة للقياس وهي مخالفة للقياس الجلي، إذ هي أخذ مال الغير بغير رضاه وهو مراد من قال أنها مخالفة للقياس.

---

(١) البخاري رقم (٦٠١٤) ومسلم رقم (٢٦٢٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٤) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٥) .

(٥) (٢ / ٧٠) .

وذلك(أ) تقييد لإطلاق قوله تعالى﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(١) ونحوه، فكيف يكون التقييد مخالفاً للقياس؟ ولأن طلب مصلحة النفس بمفسدة الغير هو المخالف للقياس المعقول والمنقول.

وأما قول المصنف إنها كالرد بالعيب والغرر فقياس بغير جامع إذ نفوذ البيع مشروط بالتراضي، لقوله تعالى﴿ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ولم يتحقق الرضا مع العيب والغرر بخلاف الشفعة فقد رضي البائع والمشتري.

ولا بد من عوض (**معلوم**) لا مجهول كما لو صولح من له ميراث مجهول بعين معلومة فأراد الشريك شفعة العين المعلومة فإن الشفعة لا تثبت له، وقال المنصور يستحقها بقيمتها كما تقدم لمالك في الموهوب والأدلة الأدلة بأنفسها، ولا بد من أن لا يكون العوض غير (**مال**) كما أخذ في الدم والمهر والخلع خلافاً للشافعي(٢) لنا أن الواجب تسليم مثل الثمن ولا يمكن، قالوا: تعين مثل الثمن ممنوع بل الواجب القيمة، قلنا: لا قيمة للبضع، قالوا: ممنوع لأن قيمته مهر المثل وإن سلم فالواجب قيمة الممهور نفسه كما في مجهول العوض رجوعاً بالمجهول إلى مقابلة المعلوم، والشفعة تجب في العين المذكورة (**على**

(أ) **قوله:** وذلك تقييد لإطلاق إلا أن تكون تجارة عن تراض، أقول: إلا أنه لا يخفى أنه لا قصر للتقييد بالشفعة، بل يلزم في كل ما عومل فيه الجار أن لا يشترط الرضا ممن عامله لوجود علة الجوار، ثم لا يخفى أن المشفوع أخذها برضى البائع والشافع هو الذي أخذها كرهاً من يد المشفوع وليس هو الجار بل الجار الشافع، وإلا لما استحق الشفعة ولا أخذت بتجارة بينهما، بل أخذت بحق الشفعة، وبه تعرف عدم صحة كلام الشارح وأنه لا إطلاق ولا تقييد.

---

(١) [سورة النساء : ٢٩] .

(٢) انظر : " البيان " للعمراني (٧ / ١٠٩) .

أي صفة كانت) منقولة أو غير منقولة ممكنة الانقسام أو غير ممكنة الانقسام، أما غير ممكنة الانقسام كالبئر والحمام الصغيرين فخالف فيه الشافعي [رضي الله عنه](1)، لنا(أ) أولوية الشفعة فيها لأن القسمة ربما أزالت الضرر بخلاف ما لا ينقسم فالضرر ملازم وما أظن(ب) مثل هذا يصح عن الشافعي رضي الله عنه لكمال حذقه وعدم المستند له من نقل صحيح في ذلك، وأما المنقول فخالف فيه زيد(2) والفريقان(3)، لنا حديث ابن عباس رضي الله عنه عند الترمذي(4) مرفوعاً بلفظ: " الشفعة في كل شيء "، قالوا: لا يصح وإنما رفعه

(أ) **قوله:** لنا أولوية الشفعة فيها، أقول: ما لا يقسم أولى بثبوت الشفعة فيه مما يقسم إذ ما يقسم يزول الضرر الذي لأجله ثبتت الشفعة بقسمته بخلاف مالا يقسم فلا يزول ضرره إلا بثبات الشفعة فيه.

(ب) **قوله:** وما أظن مثل هذا يصح عن الشافعي، أقول: قد صح عنه وصرح به أصحابه ففي الأمداد شرح الإرشاد وما لا يبقى منفعته المعتادة بعد القسمة وإن بقي غيرها كحمام لا ينقسم حمامين فلا شفعة فيه لما مر من أن [علة] (1)ثبوتها دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق في الحصة الصائرة إلى الشفيع كمصعد وتنور وبالوعة وهذا الضرر وإن وقع قبل البيع لو اقتسما لكن كان من حق طالبه تخليص شريكه بالبيع منه فإذا لم يفعل سلطه الشرع على أخذه منه، كما دل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر السالف فيما لم يقسم لإشعاره بقبوله القسمة إذ الصيغة بالنفي بلم تشعر بثبوتها كما يقال للبصير لم يبصر كذا وللأكمه لا يبصر واستعمال أحدهما في الآخر إنما هو للاحتمال قاله ابن دقيق العيد(5).

---

(1) زيادة من نسخة أخرى .

(2) " البحر الزخار " (٤ / ٤) .

(3) انظر : " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٣٢٣ – ٣٢٤) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٧٣) " المغني " (٧ / ٤٣٦) .

(4) في " السنن " رقم (١٣٧١) وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

(5) في " إحكام الأحكام " (ص ٧٤٠ – ٧٤١) .

ابن أبي مليكة مرسلاً، قلنا: يغني عنه ما عند البخاري والترمذي، وقال حسن صحيح من حديث جابر(1) بلفظ: " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في كل ما لم يقسم " قالوا: هو مخصص ببدل متصل عند مسلم(2) وأبي داود(3) بلفظ في كل شركة لم تقسم ربعه(أ) أو حائط، وفي رواية في كل شركة من أرض أو ربع أو حائط، قلنا: التخصيص بالبدل هنا من التخصيص بمفهوم الاسم وليس(ب) بحجة، قالوا: بل البدل هو المقصود لأن المبدل منه مجاز عنه، وأيضاً هو عند البزار بلفظ لا شفعة إلا في ربع أو حائط، وعن البيهقي(4) من حديث أبي هريرة: "لا شفعة إلا في دار أو عقار "وكلاهما [550/3](ج) بلفظ

(أ) **قوله:** ربعه أو حائط، أقول: الربعة تأنيث الربع وهو المنزل وهو بفتح الراء والحائط البستان.

(ب) **قوله:** وليس بحجة، أقول: في "نهاية المجتهد"(5) عمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث(6) الثابت الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، فكأنه قال الشفعة فيما يمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به، انتهى.

قلت: وهذا من الغرائب مخالفة الفروع للأصول حيث اتفقوا على فرع واختلفوا في أصله وله نظائر [550/3].

(ج) **قوله:** وكلاهما بلفظ الحصر: أقول: لكنه ضعف البيهقي حديثه وقوله والأكثر على أنه من المنطوق ذهب أئمة المعاني وابن الحاجب أنه من المنطوق ولا يخفى أنهم ليسوا بالأكثر.

---

(1) تقدم وهو حديث صحيح .

(2) في صحيحه رقم (134 / 1608) .

(3) في " السنن " رقم (3513) وهو حديث صحيح .

(4) في " السنن الكبرى " (6 / 109) وقال إسناد ضعيف .

(5) (4 / 21) .

(6) في " السنن الكبرى " (6 / 109) .

الحصر، والأكثر على أنه من[أ] المنطوق .

أيضاً التخصص بمتصل أو منفصل يضعف به العموم، قلنا: يصح القياس على المخرج والعلة فيه[ب] دفع الضرر، فإذا وجدت في المنقول وجبت الشفعة فيه، ولهذا قال المنصور لا تجب في المثلي لعدم الضرر فيه، قلنا: لا نسلم انتفاء الضرر في المثلي لأن للجوار حقاً يحصل الضرر بمجرد إسقاطه لما تقدم من حديث حتى حسبته يورثه.

هذا فيما تجب فيه الشفعة وأما من تجب له فتجب (**لكل شريك**) ولا حاجة إلى زيادة (**مالك**) لأن الشريك لا يكون إلا مالكاً، ولكنه لما توهم أن مصارف الوقف يشتركون[ج] في الغلة والمستأجرين والمستعيرين يشتركون في المنفعة أراد إخراجها بذكر

(أ) **قولـه:** من المنطوق، أقول: فكأنه قال في كل ربعة وحائط ولا يخفى أنه لا يخرج مما عدهما إلا بمفهوم الاسم أيضاً، والشارح وغيره لا يقولون به ثم هذا البدل من بدل البعض وكون المبدل منه مجاز عنه فيه بحث.

(ب) **قولـه:** والعلة فيه دفع الضرر، أقول: يأتي له قريباً منع أن العلة دفع الضرر ثم هذه العلة ليست منصوصة وإنما هي من باب الإخالة[1].

(ج) **قولـه:** يشتركون في الغلة، أقول: لفظه في "الغيث"[2] الثاني الموقوف عليه فإنه لا يستحق الشفعة بالأرض الموقوفة عليه، انتهى. وأما الغلة فهي ملك للموقوف عليهم يصح فيها الشفعة فكلام الشارح وهم.

---

(١) وهي من مسالك العلة . المناسبة ويعبر عنها بالإخالة وبالمصلحة وبالاستدلال وبرعاية المقاصد ويسمى استخراجها تخريج المناط وهي عمدة كتاب القياس ومحل غموضه ورضوحه ، ومعنى المناسبة هو تعين العلة بمجرد إبداء المناسبة مع السلامة عن القوادح لا بنص ولا غيره .

انظر : " المحصول " (٥ / ١٥٧ – ١٥٨) " البحر المحيط " (٥ / ٢٢٧) " تيسير التحرير " (٤ / ٤٣) .

(٢) انظره نصاً في " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ١٦) .

المالك ولا تخرج لأنه ينطلق[أ] عليها اسم المملوكة، وإنما[ب] خرجت بذكر العين فيما مضى وتلك باشتراط الاشتراك في الأصل كما سيأتي.

وأما رقبة الوقف فالمالك وإن كان هو الله ولا يتضرر فتضرر الولي كاف على تسليم كون العلة هي التضرر وهو[ج] ممنوع لأنها[د] عادت على عموم النص بالإبطال فتبطل، والعلة إنما هي[هـ] أولوية الجار كما يدل عليه حديث: " ما زال ربي يوصيني في الجار حتى حسبته يورثه "[1].

(أ) **قوله:** ينطلق عليها اسم المملوكة، أقول: لا ينطلق عليها هنا لأنه أراد المصنف ملك العين فخرجت المستعارة والمستأجرة قطعاً، فكيف يقول الشارح لا يخرج؟ فهذه منه مغالطة لأن المستعير والمستأجر ملكوا المنفعة لا العين التي هي مراد المصنف.

(ب) **قوله:** وإنما خرجت بذكر العين فيما مضى: أقول: قال المصنف في الغيث فإن قلت فقد حصلت هذه الاحترازات بقولك في عين ملكت فما وجه التكرار.

قلت: إن ذلك قيد للمشفوع به وهو السبب، انتهى. وبه تعرف أنه لا غنية عن التقييد بذلك ولا نسلم أن الشريك لا يكون إلا مالكاً وحينئذ فلا يغني عنه اشتراط الاشتراك في الأصل ومؤلف الفتح والأثمار أتيا أيضاً بهذا القيد.

(ج) **قوله:** وهو ممنوع، أقول: هذا الذي أشرفا إليك أنه سيمنع إلا أنه سيأتي له العود إلى التعليل بها مراراً.

(د) **قوله:** لأنها عادت على النص بالإبطال، أقول: لم تعد عليه بالإبطال [والتعطيل][2] بل غايته أنها خصصت عمومه ولا ضير في ذلك إذا قام دليل التخصيص.

(هـ) **قوله:** والعلة إنما هي أولوية الجار، أقول: الشفعة يأخذها الشفيع من يد المشتري وهو غير جار له، وإلا لشاركه في الشفعة، نعم أولوية الجار ملاحظة في جانب البائع ولذا أمر بمؤاذنة جاره لكنه غير

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح.

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

قلت: ولا بد[أ] في ملك السبب من أن يكون ملكاً مستقراً فلا تثبت الشفعة في الصفقة الثانية بالصفقة الأولى مع طلب الشفيع فيهما، وصحة الشفعة للأولى لأن نفوذ ملك المشتري موقوف على بطلان شفعة الشفيع، كما أن نفوذ ملك المشتري فيما بيع بخيار للبائع موقوف على إبطال البائع لخياره، وأما أرض بيت المال فملاكها المسلمون فإن كان المشتري من ملاك بيت المال فشراه استشفاع، وليس للإمام أن[1] يشفعه لأن[ب] المالك غير منحصر إلا أن نقول المالك هو الإمام وهو بعيد لأنه إنما يملك التصرف لا العين فهو وكيل أولي، وأما اشتراط كون الملك (***في الأصل***) أي ذات المبيع ونفسه، فقد

علة أخذه الشفعة من يد المشترى بأخذها ما كان إلا لدفع ضرره،نعم ثبوتها في نفس الأمر للجار لحكمة رعاية حق الجار وقد يقال أخذها أيضاً من يد المشتري هو بأولوية الجوار فيتم ما قاله الشارح.

قوله: والعلة إنما هي أولوية الجار، أقول: ففي الأرض الموقوفة يثبت الجوار بين سكانها فتثبت الشفعة للجار، ولا فرق بينها وبين المملوكة في ذلك.

(أ) **قوله:** ولا بد في ملك السبب أن يكون ملكاً مستقراً فلا تثبت شفعة الصفقة الثانية بالصفقة الأولى إلى آخر كلامه، أقول: استدل لما ذكره من زيادة قيد استقرار الملك بالقياس على نفوذ ملك المشتري فيما شراه بخيار على إبطال البائع لخياره، ولا يخفى الفرق بين الأمرين فإن الصفقة الأولى قد ملكها المشتري ملكاً محققاً مستقراً حتى صح طلب الشفعة فيها من الشفيع، فإنه لا شفعة إلا في عين مملوكة بخلاف بيع الخيار فإنه بيع موقوف على إمضاء من له ذلك وهو واضح فلا يتم ما قاله من أنه لا بد من التقييد فتأمل.

(ب) **قوله:** لأن المالك غير منحصر، أقول: بل لكون شراء الأول استشفاعاً على هذا للعلة هذه بعينها وترتفع الشفعة من أرض بيت المال بالكلية ويخص به عموم النصوص إلا أن يقولوا هو وكيل أو ولي يقال قد أثبت للولي الشفعة في رقبة الوقف زاعماً أن تضرره كاف بعد تسليم أن العلة التضرر فتثبت للإمام بالولاية.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ١٦) .

احترز به عن مالك حق فيه كطريق رجل أو ماء أو غرز خشب أو نحو ذلك، وقد عرفناك أن مثل ذلك ليس من الشركة في العين، وإن كان من الشركة في منفعتها.

لكن لنا فيه بحث وهو أن المقصود من كل عين إنما هو منفعتها ولا ملك في الحقيقة لغير المنفعة، لأن معنى الملك الاختصاص باستحقاق التصرف في منفعة العين لا غير، إلا أن المنفعة قد تكون باستهلاك العين وقد لا تكون به فالشفعة في الحقيقة إنما تثبت بملك المنفعة والاشتراك إنما كان فيها، ولهذا لا يجب قسمة العين[1] حيث تضرها القسمة كالسيف ونحوه لحصول قسمة المقصود وهو المنفعة بدون قسمة العين.

وإذا كان الاشتراك في الحقيقة إنما هو في المنفعة وجب[أ] أن تثبت الشفعة بالحقوق كما يصح بيعها بالإجارة وتمليكها بالإعارة ودعوى كون بيعها مخالفاً للقياس ،لأنه بيع معدوم مبني على أن الأصل والقياس عدم صحة بيع المعدوم، وذلك ممنوع، كيف[ب]

(أ) **قوله:** وجب أن تثبت الشفعة بالحقوق كما يصح بيعها، أقول هذا هو الظاهر وليس على خلافه دليل.

(ب) **قوله:** كيف والنهي دليل الصحة قبل النهي اتفاقاً؟ أقول: قد اعترض الشارح هذه العبارة في شرح "الفصول" حيث قال مصنفه، واختلفوا هل يدل على صحة المنهي عنه شرعاً قبل النهي أو لا، فقال الشارح تقييد المصنف بهذا القيد أخرج المسألة عن محل النزاع لأن المتنازع فيه هو الصحة بعد النهي، ولا نزاع فيه فلا الصحة قبل النهي إنما النزاع في الصحة بعده، انتهى.

وإذا كان لا نزاع فيه فلا يقال هو دليل الصحة اتفاقاً كما هنا فإن الشيء قبل وجوده لا يثبت له حكم ولا يثبت به حكم، فكيف يقال هو قبل وجوده دليل؟ وإن أراد أنه كاشف بعد وجوده على أن ما وقع قبله صحيح، فما أقل جدوى هذا الكلام.

---

(١) انظر : " المغني " لابن قدامة (٧ / ٤٤١ – ٤٤٣) .

والنهي دليل الصحة قبل النهي اتفاقاً وبعده[أ] أيضاً عند الحنفية، وإما قول المصنف أنه لا ضرر على صاحب الحق والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، فمع أن هذه العلة عائدة على عموم النص بالإبطال وذلك مبطل لها ممنوع عدم[ب] تضرر الشريك في الحق فممنوع لتفاوت المالكين في حفظ حقه وتسليمه بحيث يفتقر بعضهم إلى خصام أو غيره.

ومن هذا تعلم قوة ما في[ج] حواشي "المهذب"[1] من نسبة صحة الشفعة بها إلى أئمة أهل البيت عليهم السلام، ثم قد تكون المنفعة الواحدة مشتركة بين اثنين كحق لهما في مضي مائهما المشترك بينهما في أرض غيرهما، وقد تكون المنفعتان متجاورتين لا مكان

(أ) **قولـه:** وبعده عند الحنفية، أقول: ويظهر أنه اختياره كما في مختصره[2] في الأصول إلا أنه مسلم أن الشارع بالنهي عنه طالب لتركه، ولفظه في شرح الفصول بعد تقريره دلالته على الصحة، والنهي إنما يدل على طلب ترك ذلك الصحيح، انتهى. فيقال إذا وقع التسليم على طلب تركه فهو المراد سواء كان صحيحاً أو فاسداً فتأمل، فإنه لا يبقى للخلاف ثمرة [أقول][3]: يقال بل تظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قضى صوماً عليه في يوم نهي عن الصوم فيه هل يسقط عنه الطلب مع الإثم أم لا؟

(ب) **قولـه:** ممنوع عدم تضرر الشريك في الحق، أقول: هذا كلام قويم وهو الحق لدليله ولك أن تقول لا نسلم أن الحق معدوم بل هو عند البائع موجود الاستحقاق ولا يزال يتجدد كل حين فهو شبيه ببيع المقاثي ونحوها، ويأتي في الحاشية زيادة تحقيق تقريره.

(ج) **قولـه:** في حواشي[4] المهذب.. إلخ، أقول: هذا منقول من "الغيث" وفيه أيضاً أنه مذهب المنصور بالله وقواه الفقيهان[5] [٥٥١/٣].

---

(١) ذكره ابن مفتاح في "شرح الأزهار" (٧ / ١٧) .

(٢) [أي الشارح . تمت] .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ١٧) .

(٥) هما : محمد بن سليمان ، ومحمد بن يحيى .

اجتماع منفعتين في عين واحدة لا كعينين في حيز واحد فتكون [٣/٥٥١] المنفعتان حينئذٍ متجاورتين لحلولهما كلتيهما في العين الواحدة فيشفع كل واحدة أختها بالجوار.

وأما قوله: (ثم) الشريك في (***الشرب ثم الطريق***) فقد دخلا في الشـركة في الأصل إذ المراد الطريق والشرب اللذان هما جزء المبيع بأن يكونا مملوكين للبائع، والشفيع لا مجرد حق لهما فيهما، وإلا لزم إثبات الشفعة في الحقوق، وبها فالشـريك إذن فيهمـا شريك في الأصل غاية الأمر أن لا يكون شريكاً إلا في جزء الأصل لا في كله، فلو قـال لكل شريك في كل[أ] الأصل أو بعضه لشمل ذكر البعض الطريق والشرب أيضاً، فأمـا خصوصية الشرب على الطريق فذهب أبو حنيفة[1] وأصحابه أن لا فرق بينهما.

قال المصنف[ب]: قلنا الشرب يجمع حقين حق الماء وحق المجرى والطريق حق واحد، ثم إن لشريك الطريق فتح أبواب إليها بخلاف شريك الشرب فليس له فـتح فوهـة إلى أرضه غير معتادة، انتهى. ويريد بحق المجرى وحق الماء، الحق فيهما وهو غفلة عن كـون

(أ) **قوله:** في كل الأصل أو بعضه، أقول: هذا سهل بعد حصر الحنفية الأسـباب في سـببين الخلطـة والجوار فرجعوا بالشرب والطريق إلى الخلطة كما في "الكنز"[2] بلفظ يجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق، ثم الجار الملاصق وإليه آل كلام الشارح آخراً.

(ب) **قوله:** قال المصنف.. إلخ، أقول: قال عليه "المنار"[3] أما الترتيب فيحتاج إلى دليله ولا يلزم مـن قوة أحد السببين الترتيب، غايته أن فيه نوع مناسبة لكنه لا يكفي إنما هي وجه حكمة الاعتبار بعد ثبوت الدليل.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٣٤٠ – ٣٤١) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) (٢ / ٧١) .

الماء نفسه لا يملك على أصل الهادوية، وإنما المملوك هو المقر والممر فهو طرد في سبب الشفعة، غاية الأمر أن يثبت فيه حق والحقوق لا تكون سبباً للشفعة عنده.

نعم يتجه ذلك على قول المؤيد[1] بملك الماء [يملك][2] أو على القول بأنه يصير بتحجره بالمقر والممر حقاً وإن الحقوق تكون سبباً للشفعة، ثم قوله إن لشريك الطريق فتح أبواب إلى آخره: وجه قوة للطريق لا وجه ضعف لأن عموم التصرف دليل قوة الملك لا دليل ضعفه، قالوا: إذا عرفت أن لا شفعة بنفس الماء عرفت أن ليس هناك إلا طريقاً للماء أو لغيره، ثم عقد البيع متناول للمبيعة وقدر نصيبها[أ] من الطريق صفقة واحدة مع

(أ) **قولـه:** وقدر نصيبها من الطريق، أقول: كما لو بيعت دار في زقاق منسد فالشفعة لمن خلفها إلى داخله لا إلى خارجه لانقطاع حقه، هذا للهادي[3]، وقال الناصر[4] ومن ذكره الشارح معه بل يستويان ومثله طريق الشرب ولا شك أن أول الطريق مشترك بين الثلاثة الداخلي والأوسط المبيع والخارجي فالكل خلطاء في أول الطريق ثم انقطع حق الخارجي عند انتهاء بابه وبقي الاشتراك بين الوسطى والداخلة في مسلك الطريق التي قبل المبيعة إلى انتهاء بابها، ثم يستقل صاحب الداخلي بالطريق إلى داره وبعد معرفة أن الثلاثة مشتركون في أصل الطريق فيستحق الخارجي والداخلي الشفعة للوسطاء لاشتراكهم في الطريق.

وأما زيادة الداخلي بالخلطة فما يتم سبباً إلا أن لوحظ كثرة السبب وقلته هذا تقرير مراد الشارح إلا أن قوله عما بعد المبيعة قياسه قبل المبيعة إذ ليس بعدها إلا ما يختص بصاحب الداخلي، وقوله فإنما ذلك جوار للمبيعة بل هو ملك لاختلاطهما كما قررناه وهي التي اختصت به هي والمبيعة بعد انتهاء حق الخارجي وقد رجع إلى الصواب حيث قال اختص الأسفل.إلخ، فإنه اختص الأسفل في الطريق المبيعة بعد الحكم بالشفعة له وللأعلى بنصف الطريق وربعها نصفها بملكه الأصلي[لها][2]

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٨) . (٤) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨) .

اتصالهما فيستحق كل من الشفعاء[أ] الشفعة في الجميع لعدم صحة تفريق الصفقة في المبيع المتصلة أجزاؤه كما قواه المصنف وغيره وذلك موجب لاستوائهم كما ذهب إليه الناصر والمرتضى والإمام[1] يحيى وأبو حنيفة[2] وأصحابه، وقول للمؤيد: قلنا للأسفل زيادة اختصاص لانقطاع حق الأعلى عما بعد المبيعة بخلاف حق الأسفل فهو باق في الممر الذي في المبيعة، قالوا: إنما بقي له ملك مجاور للمبيعة وإن كان مخالطاً لما اختصت وإياه به من الممر الكائن فيها، فإنما ذلك جوار للمبيعة ولا يعتبر مع الخلطة المشتركة في الممر، قلنا: اختص الأسفل بخلطة في الممر الذي في المبيعة، قالوا: لا تأثير لكثرة النصيب في السبب المتحد.

قلت: ويستلزم ذلك أن لا يختص الخليط في المبيعة بالشفعة لاشتراك الجميع في الخلطة، ويعلم من ذلك أن لا سبب[ب] إلا خلطة أو جوار، ....

حتى كانت مشتركة بينه وبين بائع الوسطاء وربعها بالشفعة بينه وبين الأعلى وله في أصل الطريق المشفوع بها المشتركة بين الثلاثة الثلث أصالة ونصف ثلث الثلث المشفوع فهو قبل الشفعة أكثر نصيباً من صاحب الأعلى هذا تقرير أنه أكثر نصيباً في ملك الطريق، إلا أنه لا يخفى أن في أصل الطريق التي بها تثبت الشفعة له ولصاحب الأعلى مستويان لكل منهما ثلث الطريق فتأمل.

(أ) **قوله:** فيستحق كل من الشفعاء، أقول: الأوضح على تقريره أن يقول كل من الخلطاء.

(ب) **قوله:** أن لا سبب إلا خلطة أو جوار، أقول: هذا هو التحقيق إذ الطريق والشرب السبب فيهما الخلطة كما قرره آنفاً على مقتضى كلامهم.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٥٢٩) .

ولا محيص(أ) عن الاستواء إلا بما ذهب إليه أبو طالب والإمام يحيى من أن كثرة السبب وتعدده يوجب الاختصاص، لأن الكثرة مرجحة كما في تعدد الأدلة، وقواه المصنف مسنداً لذلك إلى أن ضرر ذي السبب الأكثر أكثر فأشبه الخليط مع الجار.

قلت: إلا أن الضرر على الأعلى وإن قل سببه أكثر إذ يستطرق الأسفل ملكه استطراقاً زائداً(ب) على ما كان له قبل الشفعة بخلاف ما لو جعلنا الشفعة للأعلى، فإنه لا يستطرق ملك الأسفل لانقطاع حق المبيعة المتوسطة بينهما عن الأسفل فيكون الأعلى حينئذ أحق بالشفعة ما تحته سواءً شفعهابحق لها عنده أو [٥٥٢/٣] ملك ومثل ذلك يجري في دور الزقاق المنسد، لأن الأدخل بمنزلة الأسفل والأول بمنزلة الأعلى إلا أنّا لا نحكم بأولوية الأعلى هنا بل نسوي بينهما، وهذا هو الذي(ج) نراه والله الموفق (ثم) إذا

(أ) **قوله:** ولا محيص أقول، هو كما قال في "المنار"(١) أهم قالوا: إن الاشتراك في النهي والصبابة أي في ملك أرضهما يوجب الشفعة لهما جميعاً فلم يشترطوا أن يكون الجزء المشترك متصلاً بالأرض المبيعة مثلاً فيتفرع على هذا استواء الأعلى والأسفل في الشرب وداخل الزقاق وخارجه فتأمل. والشارح قد تعجل هذا البحث وإلا فمحله بل بخصوصه.

(ب) **قوله:** زائداً على ما كان له قبل الشفعة، أقول: هو الاستطراق الذي كان يستحقه البائع أيضاً انضم إليه وهو لا يقتضي أولويته بالشفعة بل غايته بعد الاختلاط في أول الطريق يستويان في استحقاق الشفعة كما قرره آنفاً [٥٥٢/٣].

(ج) **قوله:** وهو الذي نراه، أقول : قد تحصل من اختياره أحقية الأعلى على الأسفل في الأراضي واستوائهما في الدور ولم يتم ذلك إلا بالحكم بزيادة ضرر الأعلى، ولا يتم إلا بعد تسليم أن العلة هي الضرر، وتقدم له منع ذلك غير مرة، ولا يخفاك أنه لم يذكر دليل التفرقة بين الدور والأراضي.

---

(١) (٢ / ٧١) .

لم يكن هناك خلطة ولا شرب ولا طريق أو كان شيء من ذلك، لكن لم يطلبها الأخص فإن (*الجار الملاصق*) يستحقها.

وقال علي [رضي الله عنه][1] وعمر[2] وعثمان[3] وابن المسيب[4] وسليمان بن يسار[5] وعمر بن عبد العزيز[6] وربيعة[7] ومالك[8] والشافعي[9] وأحمد[10] وإسحاق[11] والعنبري[11] والإمامية[12] لا يستحقها إلا الخليط، لنا حديث الجار أحق بصقبه[أ]، البخاري[13] وأبو داود[14] والنسائي[15] من حديث أبي رافع مرفوعاً وهو عند النسائي[16] من حديث الشريد والجار أعم من الخليط.

(أ) **قوله:** بصقبه بالمهملة فقاف فموحدة تحتية القرب يقال صقبت داره بالكسر [أي][1] قربت،

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في " المصنف " رقم (١٤٣٩٢) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٠٥) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في " المصنف رقم (١٤٣٩٣) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٠٥) .

(٤) انظر : " البيان " للعمراني (٧ / ١٠١) .

(٥) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٠٩) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في " مصنفه " رقم (١٤٣٩٥).

(٧) ذكره العمراني في " البيان " (٧ / ١٠٢) .

(٨) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٥٧ مسألة رقم ١٢٣١) .

(٩) " البيان " للعمراني (٧ / ١٠١ - ١٠٢) .

(١٠) " المغني " لابن قدامة (٧ / ٤٣٦) .

(١١) ذكره ابن قدامة في " المغني " (٧ / ٤٣٧) .

(١٢) " البحر الزخار " (٤ / ٨) .

(١٣) في صحيحه رقم (٢٢٥٨) .

(١٤) في " السنن " رقم (٣٥١٦) .

(١٥) في " السنن " رقم (٧ / ٣٢) .

(١٦) في " السنن " رقم (٤٧٠٣) وهو حديث صحيح وقد تقدم .

قالوا مخصوص[أ] بحديث جابر[1] رضي الله عنه: " قضى رسول الله صلى الله عليه

والسقب بالسين المهملة مثله، قال ابن الأثير[2] ومن لا يثبت الشفعة بالجوار تأوله بالخليط، ولا ريب أن الخليط [3]يسمى جاراً وإن الجار الملاصق يسمى أيضاً جاراً، بل هو في العرف الآن يختص به كما يختص الأول بالخليط، وإذا كان كذلك حمل الحديث على عموم المشترك ويشملهما لولا ما عارضه من حديث فإذا وقعت القسمة.

(أ) **قوله:** مخصوص بحديث جابر، أقول: فيكون المراد الجار المخالط لا غيره وحمله عليه بعيد، قال في "المنار" [4]بعد سياق الأحاديث من الجانبين ما لفظه قصاراً هذه الروايات كلها إثبات الشفعة للشريك من دون تعرض للجار لا بمنطوق ولا مفهوم والمفهوم الحصري الذي توهموه إنما هو فيما قبل قسمة المبيع بين المشتري والشريك فمدلوله أن القسمة تبطل الشفعة وهو صريح، رواية البخاري وأحمد وأبي داود وابن ماجة التي قدمناها إنما جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، انتهى.

قلت: وإلى العمل بالحديث ذهب أهل المدينة فقالوا: لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم، وجه الاستدلال أنها إذا وقعت الحدود فلا شفعة، وإذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تجب للجار فإن الشريك المقاسم هو جار أفاده في "النهاية"[5].

قلت: ويدل لهذا التفصيل ما رواه أهل السنن الأربع من حديث عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٢٥٧) وأحمد (٣ / ٣٧٢ ، ٣٩٩) وأبو داود رقم (٣٥١٤) وابن ماجه رقم (٢٤٩٩) وقد تقدم .

(٢) في " النهاية " (٢ / ٢٥) .

(٣) فالحاصل أنه لا سبب للشفعة إلا الخلطة ، وهي أعم من أن تكون في أرض أو دارٍ أو طريق أو في ساقية ، للشرب أو في شيء من المنقولات .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٢١) .

(٤) (٢ / ٧٤) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ١٧) بتحقيقي .

عن عطاء عن جابر [1]بن عبدالله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً " انتهى. وهو حديث صحيح، وقد قال يحيى بن معين أنه حديث لم يحدث به إلا عبد الملك، فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق لم يتعرض له أحد بجرح البتة وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم، انتهى.

قلت: وإنما أنكر عليه هذا الحديث من أنكر ظناً منهم أنه يخالف الحديث الصحيح، أعني حديث جابر الشفعة "فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" والتحقيق أنه ليس بين الحديثين تعارض بل مفهوم حديث جابر الذي رواه العرزمي هو بعينه منطوق حديثه[2] الآخر الذي بلفظ فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه لا يعارضه وكلاهما عن جابر.

فقوله: إذا كان طريقهما واحداً إنما يكون قبل وقوع الحدود وتصريف الطرق، فإنها إذ صرفت الطرق أي تميزت طريق كل شريك أو جار عن طريق الآخر لم تكن طريقهما واحدة، فلم يبق للجار حق يستحق به الشفعة ولا ضرر يلحقه، فالجار يستحق الشفعة إذا كانت الطريق واحدة ولا يستحقها إذا انفرد كل بطريق.

وهذا هو مذهب أهل البصرة وأحمد بن حنبل، وقالوا: المعنى الذي وجبت به الشفعة في الملك موجود في الخلطة في الحقوق، وقد ألم به الشارح والأحاديث المطلقة مثل جار الدار أحق بالدار

---

(١) أخرجه أحمد (٣ / ٣٠٣) وأبو داود رقم (٣٥١٨) والترمذي رقم (١٣٦٩) وقال : حديث حسن غريب ، وابن ماجه رقم (٢٤٩٤) والنسائي في السنن " الكبرى كما في التحفة (٢ / ٢٢٩) والطحاوي في " شرح معاني الآثار " (٤ / ١٢٠ ، ١٢١) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٠٦) وعبد الرزاق رقم (١٤٣٩٦) وابن أبي شيبة (٧ / ١٦٥ – ١٦٦) والعقيلي في " الضعفاء الكبير " (٣ / ٣١) وابن عدي في " الكامل " (٥ / ١٩٤٤) .

وهو حديث ضعيف .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

وآله وسلم بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة "قلنا: أعله الطحاوي بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه، قالوا له طرق موصولة منها عند الشافعي [(١)] عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن أبي الزبير عن سالم ووصله عن مالك ابن الماجشون وأبو عاصم وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه، ووصله الشافعي [(٢)] أيضاً عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر، قلنا قال أبو حاتم [(٣)] عندي أن قوله فإذا وقعت الحدود.. إلخ مدرج من قول جابر.

قلت [(أ)]: ويدل على ذلك أن مسلماً لم يخرج الزيادة قالوا: معناها هو معنى ما لم

والجار أحق بصقبه، مقيدة بحديث إذا كان طريقهما واحداً، فإن حمل المطلق على المقيد إذا كان الحكم واحداً هو القاعدة الأصولية، وقد أطلت البحث في ذلك في رسالة سميتها التحقيق في الأخبار [(٤)] في شفعة الجار، وعسى ننقل هنا ما خلاصته فيها فهي جواب عن سؤال بسطت فيه المقال، والمصنف استدل للنفاة بحديث لا شفعة إلا للشريك.

قال "المنار" [(٥)]: لم أجد هذا حديثاً بعد البحث التام، والمخرِّج سكت كعادته، وأقول: لا يخفى قوة نفي شفعة الجار ولا أصرح في ذلك من قوله إذا وقعت الحدود.. إلخ، والأصل عدم وجوبها، وأما عموم ثبوت حق الجار وأنه صلى الله عليه وآله وسلم ما زال يوصي فيه فعام خصه فإذا وقعت الحدود ونحوه.

(أ) **قوله:** قلت ويدل على ذلك أن مسلماً لم يخرج الزيادة، أقول: هذه قرينة وإلا فقد يقتصر بعض الأئمة على سرد بعض الحديث وقد ذكر هذا في كتب أصول الحديث.

---

(١) في " معرفة السنن والآثار " (٤ / ٤٨٨ رقم ٣٦٩٣) .

(٢) في " معرفة السنن والآثار " (٤/ ٤٨٦ رقم ٣٦٨٧ ، ٣٦٨٨) .

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢٥) .

(٤) انظر الرسالة رقم (١٣٠) و(١٣١) من عون القدير وفتاوى ورسائل ابن الأمير بتحقيقي ط : ابن كثير دمشق .

(٥) (٢ / ٧٤) .

يقسم، قلنا: مفهوم عارضه عموم منطوق، قـالوا العمـوم يخصـص [بـالمفهوم][1] وبالقياس، فإن الشفعة لرفع الضرر ولا ضرر على جار لم يشارك في أصل ولا طريق، قلنا : حديث[2] حتى حسبته يورثه كاف، ولأنا لا نسلم عدم مشـاركته في الأصـل، فإنـا اشترطنا الملاصقة وبينهما جزء[أ] مشترك، وتجب الشفعة (**وإن ملكت**) أسبابها الأربعـة المذكورة (**بفاسد**) من العقود، وقال: القاسم والحقيني [3]وأبو العباس لا شفعة بفاسد.

قلت: أما القاسم فبناء على أصله الماضي في عدم جواز الدخول في الفاسد والحـرام لا يكون وسيلة إلى حلال، وأما الحقيني وأبو العباس فاحتجا بأن منع الشفعة به أجدر من منع الشفعة فيه، لأن عدم قرار السبب يوجب عدم قرار المسبب بخـلاف العكـس (**أو فسخ**) السبب الفاسد (**بحكم بعد الحكم بها**) أو تسليمها طوعاً أيضاً لما تقـدم مـن صحة كل ما ترتب على الفاسد وإن بطل في نفسه بعد ذلك، وقيل هذا إنما يستقيم فيما

(أ) **قولـه:** وبينهما جزء مشترك، أقول: في "المنار"[4] أنهم بالاشتراط هذا رجعوا بـالجوار إلى خلطـه خاصة هي الاشتراك في جزء من المبيع، قلت: فلم يبق جار في الوجود إلا الخليط فضاعت المقاولـة والحق أن بعد قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة أنه لا شفعة للجار وإن كـان لـه جزء مشترك فبعد تعين الطرق لا شفعة بالنص، والقول بأنه مدرج خلاف الأصل ورواية في كل مـا لم يقسم تؤيد الرفع الذي هو الأصل، بل دعوى الإدراج تفتقر إلى الدليل، وقد أخرج أبو داود من حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: إذ قسمت الأرض وحددت فلا شفعة فيهـا وهـو دليـل لعـدم الإدراج.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) تقدم وهو حديث صحيح .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٢) .

(٤) (٢ / ٧٤) .

إذا فسخ بالتراضي لأنه فسخ للعقد من حينه، أما إذا فسخ بحكم فهو فسخ للعقد من أصله فيصير بذلك كالباطل لا ترتب عليه ثمرة له ولم يرتضه(أ) المصنف.

قلت: لأن حكم الحاكم لا يثبت له ثمرة إلا فيما تعقبه، لأن الدخول فيه كان على وجه صحيح في الاجتهاد للإجماع على جواز الدخول فيه إن صح الإجماع، وإلا فللاجتهاد أو التقليد فلا وجه للقول بأن الحكم يرفع ثمرة الصحيح حين هو صحيح فإن هذا وهم تتابع فيه القاصرون لجهلهم أن الحكم(ب) مانع وعروض المانع لا يرفع المقتضى، وإنما يمنعه من استمرار إيجابه مقتضاه (**إلا**) أن الشفعة لا تثبت (**لكافر على مسلم**) في غير المنقول (**مطلقاً**) أي سواءً كان في خططنا أو في خططهم أيله(ج) وعمورية وفلسطين

(أ) **قوله:** ولم يرتضه المصنف، أقول: فإنه قال في "الغيث": فإن قلت أليس الفسخ بالحكم يكون نقضاً للعقد من أصله حتى كان لم يكن فهلا بطلت الشفعة؟

قلت: قد ذكر الفقيه ع على أن القياس بطلانها لهذه العلة، لكن الصحيح ما ذكره الفقيه [1]ح وأبو مضر[2]، وذلك لأن الحكم بالشفعة لا ينقض إلا بأمر قطعي، وفي الناس من لا يقول أن حكم الحاكم نقض للعقد من أصله، انتهى.

(ب) **قوله:** أن الحكم مانع، أقول: أي عن استمرار العقد وعروض المانع وهو الحكم بالفسخ لا يرتفع المقتضى وهو صحة الدخول في الفاسد، وإنما يمنعه من استمرار أي من استمرار ثمرته وإلا فقد يقضي الدخول في العقد ولم يبق إلا ثمرته فرفعها الحاكم وهذا تعليل حسن غير ما علل به المصنف.

(ج) **قوله:** أيله وعمورية وفلسطين ونجران، أقول: لم يستدل على حصر خططهم فيما ذكرنا هنا ولا فيما يأتي في السير ثم يقال إن أريد بها ما أذن لهم [٥٥٣/٣] في سكونها فهي كل بقعة غير جزيرة العرب وإن أريد غيرها فلا بد من الدليل على تخصيص تلك المواضع، فإذا لم يقم دليل فهم داخلون تحت أحكام المسلمين إذا ترافعوا حكم لهم وعليهم بها، والأدلة خصت جزيرة العرب بأنهم لا

---

(١) الفقيه يحيى بن حسن البحيبح . " شرح الأزهار " (٧ / ٢٤) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٤) .

ونجران، وقال المؤيد[1]: والفريقان تثبت للذمي على المسلم، لنا ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[2].

وأجيب : بأنها لدفع الضرر ، وضرر [٥٥٣/٣] الذمي لا يجوز لحرمة الذمة، والآية مخصوصة بما لا نهاية له مؤولة بسبيل غير مشروع أما المشروع فخطاب[أ] الشرع متعلق بالكافر له وعليه لا سيما خطاب الوضع وإلا لما لزم المسلم أرش جنايته ولا تسليم ثمن مبيعه ولا نحو ذلك ولا قائل به، وأما قول المصنف أنه لا سكنى لهم ولا تملك فإنما ورد الدليل على ذلك في جزيرة العرب كما تقدم تحقيقه، ويأتي إن شاء الله تعالى، فالقياس تقييد نفي الشفعة لهم ينفي، جزيرة العرب الحجاز أيضاً كما قصر المصنف وغيره الجزيرة عليه على أن تملكهم وسكناهم فيها أمر مستقر الآن، فإن كان ذلك حقاً فلا وجه لقول المصنف لا سكنى لهم ولا تملك، وإن كان باطلاً فقد أخل الأئمة بواجب وسكتوا على محظور، وقد حققنا[ب] الكلام في ذلك في رسالة [3]منفردة (**أو**) لكافر على (**كافر في**

يسكنونها وحينئذٍ فلا شفعة لهم فيها لا على مسلم ولا على بعضهم لبعض، وأما غير جزيرة العرب فهم داخلون في عموم الأحكام فتثبت لهم على مسلم وكافر، والآية كما قال الشارح والمنار قد أشار إلى شيء من هذا، وأما حديث لا شفعة ليهودي ولا نصراني فليس له في كتب الحديث المعتبرة وجود.

(أ) **قوله:** فخطاب الشرع يتعلق بالكافر له وعليه.. إلخ، أقول: هذا كلام صحيح ووجه دليله صبيح.

(ب) **قوله:** وقد حققنا الكلام في ذلك في رسالة منفردة[3]، أقول: يأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى في السير، ويأتي لنا أن قصرهم لجزيرة العرب على الحجاز باطل.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥) .

(٢) [سورة النساء : ١٤١] .

(٣) وهي الرسالة رقم (١٧) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير . بتحقيقي ط ابن كثير دمشق .

خططنا) وقال المؤيد [1] والفريقان لبعضهم الشفعة على بعض كما هي لهم في خططهم بالإجماع، وهي أدلة وجوابات كالتي قبلها (**و**) الأسباب المذكورة وإن ترتبت في الأولوية فإنه (**لا ترتيب في الطلب**) بل الجار يطلبها حال العلم وإن كان هناك من هو أولى منه وإلا بطلت عليه بالتراخي حيث لم تتم لمن هو أولى منه، وقيل إذا تركها لظنه طلب من هو أولى منه لم تبطل لما سيأتي من أن من تركها لأمر فارتفع أو لم يقع لم تبطل وهو الحق .

(**و**) إذا كان لأحد الشفعاء سببان أو أكثر وللآخر سبب واحد فإنه (**لا فضل**) أي:لا يستحق ذوي السببين زيادة في الشفعة (**بتعدد السبب** [2]) المختلف الذي هو له بل يستويان خلافاً لأبي طالب والإمام يحي وقواه المصنف كما تقدمت الإشارة إلى دليله .

(**و**) كذا لا فضل بسبب (**كثرته**) أي كثرة السبب المتحد كصاحب ثلثين مع صاحب ثلث كجار من جهات مع جار من جهة ونحو ذلك (**بل**) إنما يستحق (**بخصوصه** [2]) أي خصوص السبب أي بكونه أخص من سبب الآخر كخلطة مع

....

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥ – ٦) .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٢٣) :

وأما قوله : " ولا فضل بتعدد السبب " فصحيح لأن المراد وجود ما تستحق به الشفعة والواحد والكثير مستويان في هذا وهكذا اعتبار بكثرته .

وأما قوله : " بل بخصوصه " فقد عرفناك أن السبب ليس هو إلا الخلطة " وهي شيء واحد فلا يتم الخصوص إلا على القول بتعدد أسباب الشفعة كما تقدم للمصنف ، ومعنى قوله ويجب بالبيع أن يصير من له الشفعة مستحقاً للمطالبة بها ، وأما كونها تستحق بالطلب فمعناه أن الشفيع إذا طلب فذلك هو السبب في الاستحقاق فإن رضي المشتري صار المشفوع فيه ملكاً له بمجرد ذلك ، ويجب عليه دفع ما دفعه من الثمن وإن لم يرض مع عدم المانع الشرعي صار آثماً لأنه امتنع من حق واجب عليه وعلى حاكم الشرع إجباره بتسليم ما أوجبه عليه الشرع ، وأما كونها تملك بالحكم أو التسليم طوعاً فظاهر .

شرب أو شرب مع طريق أو طريق مع جوار كما تقدم في الترتيب (**و**) الشفعة (**تجب بالبيع**) بمعنى أنه سبب لاستحقاق الطلب لا لاستحقاق المطلوب، لأنه ربما وجد مانع من استحقاق المطلوب كطلب من هو أولى أو حصل انتفاء شرط كالطلب نفسه (**و**) إنما (**تستحق**) [أ] الشفعة التي هي المطلوب (**بالطلب**) الذي هو شرط لاقتضاء المقتضى وهو البيع فإن المطلوب لا يحصل إلا بحصول المقتضى وحصول شرطه وانتفاء مانعه.

وعندي أن وجوبها بنفس السبب كالميراث يستحق بنفس القرابة والزوجية، وإنما الموت شرط فالعقد مثله، ولهذا لا يحل للبائع أن يبيع حتى يؤذن شريكه، كما لا يصح من المورِّث أن يوصي بأكثر من الثلث، وإنما البيع شرط لاستحقاق الطلب والطلب إنما وجب [في المبيع] [1] لئلا يكون الظاهر جمع عدمه هو التراخي المبطل لها، إلا أنه شرط للاستحقاق فيكون المشتري [2] بعد ذلك متعدياً بتصرفه فيها لأنها تكون في يده كالمبيع في يد البائع قبل توفير الثمن (**وتملك**) أي يستقر ملكها وإلا فالاستحقاق هو الملك نفسه، لكن لا يستقر إلا (**بالحكم أو التسليم**) لها (**طوعاً**) لأنها قبل أحدهما في معرض السقوط بظهور انتفاء المقتضي أو شرطه من الطلب الفوري، أو وجود مانعه فلا يتحقق انتفاء السقوط إلا بأحد الأمرين فيضمن المشتري حينئذ رقبتها وفوائدها الحادثة بعد الحكم أو التسليم.

(أ) **قوله**: وتستحق بالطلب، أقول: الاستحقاق ثبوت الحق وهو معنى قوله تجب فيلزم أن يتحد متعلق البيع والطلب فالأولى وتضيق بالطلب أي تضيق على المشتري تسليمها بالطلب كما أنها تجب عليه بالبيع وفيه شيء إذ لو تضيقت بالطلب وجب تسليمها من دون حكم **[٣/٥٥٤]**.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في نسخة أخرى زيادة : فإذا وقع الطلب كان المشتري إلخ .

فصل

(**و**) الشفعة (***تبطل بالتسليم***) من الشفيع [٣/٥٥٤] أي بإبطاله لها (***بعد البيع***) لا قبل ذلك لأنه لم يثبت له حق وإبطال شيء فرع ثبوته.

قلت: لكن ما في حديث ابن عمر من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه " ظاهر في أنه بعد الإيذان سقط(أ) حقه وإن كان قبل البيع لأن حقه بالأصالة إنما هو على البائع لا على المشتري، وإنما الذي على المشتري تلاف له، فإذا أبطلها قبل البيع كان إبطاله كإجازة الوارث للوصية قبل الموت إسقاط حق يمتنع الرجوع فيه بعد البيع، كما يمتنع الرجوع بعد الموت عن الإجازة الصادرة قبله، كما سيأتي في الوصايا إن شاء الله .

(***وإن جهل تقدمه***) على إبطاله لها كمن أبرئ من دين ظاناً عدم استحقاقه له فانكشف مستحقاً قبل الإبراء لكن هذا إنما يتمشى على القول بأنها إنما تستحق بالطلب

فصل وتبطل بالتسليم

(أ) **قوله:** سقط حقه وإن كان قبل البيع، أقول: الحديث أفاد وجوب الإيذان للبائع وكأنه أخذ سقوط الحق من مفهوم فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، فإن مفهومه سقوط حقه إن أذن، وفي الإمداد شرح الإرشاد أنه لم يصر إلى ذلك أكثر الشافعية .

وقال بعض المحققين إن من لم ير سقوط الشفعة قبل البيع قال هو من تقديم الحكم سببه وليس ما قاله بصحيح بل هو إسقاط لحق كان معرض الثبوت ولكن صاحبها رضي بإسقاطها لأنه يكون البيع سبباً لأخذه بها، فالحق قد أسقطه وقد دل الحديث على سقوطها قبل البيع، وقد صار هذا كما لو أذن له بإتلاف ماله وأسقط الضمان عنه قبل الإتلاف فإنه لا يضمنه اتفاقاً .

فهذا موجب النص والقياس، انتهى. وكأنه يريد بالنص ما ذكره الشارح وهو كلام قويم وقد جنح إليه الشارح هنا وإن كان قد قدم أن العمل من المسلمين كلهم على إثبات الشفعة فيه، وقد قدمنا كلامه واخترنا سقوط الشفعة بعد الإيذان.

(**إلا**) أن يتركها للمشتري (**لأمر**) منعه عن أخذها كغلاء ثمنها أو فساد عقدها (**فارتفع**) ذلك المانع بأن حط البائع من الثمن أو حكم الحاكم بصحة الفاسد.

قلت: أما التسليم لفساد العقد فإضراب مسقط بنفسه لأنهم وإن قالوا لا تجب بالفاسد فلم يقولوا لا تجوز به، لأن التملك بالفاسد جائز .

(**أو**) يتركها لأمر ظنه واقعاً فانكشف أنه (**لم يقع**) كأن يظن زيادة في الثمن على القيمة فانكشف أنه بها أو دونها أو ظن أن المشتري من يحابيه فانكشف أنه من يعاديه لكن بشرط أن يستند ذلك الظن إلى خبر يجب العمل عليه كما سيأتي في الغائب لا لو استند إلى مجرد وهم فإن وقوفه مع الوهم تراخ مبطل.

(**و**) تبطل (***بتمليكها الغير*** [1]) قبل الحكم بها أو التسليم لأن ذلك من الإضراب عن تملكها (**ولو**) ملكها الغير (**بعوض و**) ذلك العوض (**لا يلزم**) المتملك لها قالوا لأنه في مقابلة بيع حق، وبيع الحقوق لا يصح إلا أنه لو قبضه بائعها ثم تلف لم يجب عليه رد بدله لأنه مباح بعوض فاسد، وقد عرفت ما قدمنا لك في منع بيع الحقوق .

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٢٤) :

وأما قوله : وبتمليكها الغير إلخ ... " فغير مسلم فإنه لم يرض بإبطال حق نفسه إلا بشرط هو مصيره إلى من ملكه فإذا لم يصر إليه فهو على حجته ، وأما تعليل هذا التمليك لكونه نوعاً من التراخي فسيأتي الكلام على التراخي ، وأما كون العوض لا يلزم فغير صحيح لأنه مال امرئ مسلم طابت به نفسه ، فحل لمن صار إليه مع تراضيهما على ذلك ، وكان تجارة عن تراض .

(**و**) تبطل (**بترك**) الشفيع (***الحاضر الطلب***) لها (***في المجلس***) أي مجلس علم الشفيع بالبيع وإن طال، وقال المؤيد[(١)] وقول للشافعي[(٢)] تبطل حال العلم فقط إذ لا معنى للفور إلا ذلك، وقال مالك[(٣)] وقول للشافعي[(٢)] لا تبطل بذلك لأنها على التراخي .

فقال[(أ)] مالك[(٣)] إلى سنة وقول للشافعي[(٢)] إلى ثلاث ليال وقول له إلى الأبد .

لنا ما عند ابن ماجة[(٤)] والبزار[(٥)] من حديث ابن عمر مرفوعاً لا شفعة لغائب ولا لصغير، والشفعة كحل العقال، قالوا: من رواية محمد بن الحارث ضعفه ابن عدي[(٦)] عن

(أ) **قولـه:** فقال مالك إلى سنة، أقول: في "نهاية المجتهد"[(٧)] اختلف قول مالك في هذا الوقت هل الوقت محدود أم لا، فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييراً بمعرفته كثيراً وهو عالم حاضر ساكت، ومرة حدد الوقت فروي عنه سنة وقيل أكثر من سنة، انتهى. ولكن في مختصر الطحاوي أن هذا التقدير للأوقات إنما هو إذا تراخى بعد الطلب.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٢) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ١٣٢) " روضة الطالبين " (٥ / ١٠) .

(٣) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٥٨) – ١٦٦٢ مسألة رقم ١٢٣٢) .

(٤) في " السنن " رقم (٢٥٠٠ ، ٢٥٠١) وهما حديثان وليس حديث واحد رواهما ابن ماجة .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٨٣) : هذا إسناد ضعيف ، محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه ابن البيلماني فالبلاء فيه منه .

وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان .

وقال ابن حبان في " المجروحين " (٢ / ٢٦٤) حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة لايجوز الاحتجاج به ، ولا ذكره إلا على وجه التعجب " .

وهو حديث ضعيف .

(٥) لم أقف عليه .

وقد عزاه إليه الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢٥) وقال : وإسناده ضعيف جداً وقال في رواية البزار : محمد بن عبد الرحمن البيلماني مناكيره كثيرة ... " .

(٦) في " الكامل " (٦ / ٢١٨٥ – ٢١٨٨) .

(٧) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٢٧ – ٢٨) .

محمد بن عبد الرحمن -البيلماني[أ]- وهو يحدث بالمناكير حتى قال ابن حبان[1] لا أصل له، وقال أبو زرعة[2] منكر وقال البيهقي ليس بثابت ٠

قلنا: قد ذكره القاضي أبو الطيب [3]وابن الصباغ والماوردي[4] بلفظ الشفعة لمن واثبها[ب] وفي رواية "كنشطة عقال "إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها ٠

قالوا: ذكروه بلا إسناد، قلنا: حكاه عبد الحق[5] عن ابن حزم قالوا[ج]: تعقبه ابن القطان[6] بأنه لم يجده لابن حزم في "المحلى"[7]، ثم لم يذكر عبد الحق إسناد ابن حزم له ولا

(أ) **قولـه:** البيلماني[8]، أقول: بفتح الموحدة فمثناة تحتية بعد الألف نون ضعيف واتهمه ابن عدي وابن حبان.

(ب) **قولـه:** واثبها [9]بالمثلثة فالموحدة من المواثبة بادر إليها كأنه يثب إليها وتثب إليه.

(ج) **قولـه:** قالوا تعقبه ابن القطان[6] بأنه لم يجده لابن حزم في "المحلى"[10]، أقـول: بـل وجـدناه في المحلى، قال: وأما الشفعة لمن واثبها بعد ذكر أنه استدل به القائل بالفورية، وقال ابن حزم[10] وأما الشفعة لمن واثبها فما يحضرنا الآن ذكر أسانيدها ولفظ لمن واثبها فهو لفظ فاسد لا يحل أن يضاف مثله لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لأن قول القائل الشفعة لمن واثبها يوجب أن

---

(١) انظر : " المجروحين " (٢ / ٢٦٤ – ٢٦٦) والمجروحين لابن حبان (ص ٣٩٠ رقم ١٠٠٥) ٠

(٢) انظر : " الجرح والتعديل " (٧ / ٣١١) ٠

(٣) انظر : " التلخيص " (٣ / ١٢٦) ٠

(٤) في " الحاوي الكبير " (٧ / ٢٤٠) ٠

(٥) في " الأحكام الوسطى " (٣ / ٢٩٢) ط الرشد ٠

(٦) في " بيان الوهم والإيهام " (٣ / ٩٢ – ٩٣ رقم ٧٨٥) ٠

(٧) (٩ / ٩١) ٠

(٨) " المجروحين " (٢ / ٢٦٤ – ٢٦٦) " الجرح والتعديل " (٧ / ٣١١) ٠

(٩) " انظر " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٢٨٨) ٠

(١٠) (٩ / ٩١) ٠

تصحيحه، قلنا: أخرجه عبد الرزاق [1]عن شريح وذكره قاسم بن ثابت في دلائله من قول شريح، قالوا: ليس بحجة، قلنا: الجميع يدل[أ] على أن له أصلاً في الجملة، قالوا: لا يثبت به تقييد مطلقات أدلة ثبوت الشفعة.

يلزمه الطلب،لأن المواثبة فعل من فاعلين توجب أن تكون طلبه مع البيع لا بعده لأن الثاني في الوثب لا يسمى مواثبة، وقال[2]: إن حديث الشفعة كنشطة عقال موضوع، ثم قال: وقد جعل الله حق الشفيع واجباً على لسان رسوله فلا يسقط إلا بنص وارد بسقوطه، وساق بسنده أن عمر بن عبد العزيز قضى بالشفعة بعد بضع عشرة سنة.

(أ) **قوله:** يدل على أن له أصلاً في الجملة، أقول: في "المنار" أن دليل الفورية غير ناهض لضعف الرواية وفي الفورية مناسبة لمقام الشفعة لأنها شرعت لدفع الضرر فكيف يدفع ضرر الشفيع ويبالغ في ضرر المشتري ببقاء مشتراه معلقاً، فلذا سارعت الآراء إلى القول بالفورية والواجب إذا لم ينهض دليل من الجانبين البقاء على الأصل، والفورية إثبات يحتاج إلى دليل، فصاحب الفورية مدع وقد عدم البرهان فيحكم لصاحب التراخي والمناسبات وحدها لا تكفي، انتهى.

والشارح قد جنح آخراً إلى أنه على التراخي، إلا أن قوله: قلت.. إلخ لا يخلو من نُبوه فإن قوله وأحرى أن لا يجوز للمشتري الشراء حتى يؤذن الشريك بطرق ملكه إيجاب على المشتري بأن يخير الشريك وفيه توقف، فإنه لا يتم أنه أحرى من البائع في الإيذان للشريك فإن البائع يخبر من له حق فيما يبيعه وهو السبب بخلاف المشتري فإنه لا حق للجار عليه، وإنما سيصير جاراً بعد الشراء فلا وجه للإيجاب عليه وهو إيجاب على المشتري[3] مؤاذنة شريك البائع بالقياس على البائع في شرح المنهاج المسمى "السراج الوهاج" ما لفظه أن فيها أقوالاً على الفور وإلى ثلاثة أيام،

---

(١) في المصنف رقم (١٤٤٠٦) .

(٢) ابن حزم في " المحلى " (٩ / ٩١) .

(٣) " البيان " للعمراني (٧ / ١٣٢) و " روضة الطالبين " (٥ / ١٠) .

قلنا: إنما شرعت لدفع الضرر ودفع الضرر لا يختص بالشفيع بل المشتري يتضرر بالتغافل عن الشفعة لما يعوقه تراخيها من التصرف في المبيع فلا مرجح لدفع ضرر على دفع [ضرر][1] آخر .

قالوا: بل العلة أحقية الجار لا دفع الإضرار لحديث حتى حسبته يورثه تقدم فما لم يتحقق منه الإضراب لا يسقط حقه إلا [٣/٥٥٥] أن الشافعي في قول له جعل للمشتري مطالبته بالتقدم أو التأخر ليتحقق أحدهما.

قلت: هجوم المشتري على الشفيع اختيار منه للمضارة، فلا يجب على الشفيع دفع ضرره لأنه أتى من جهة نفسه، لأنه إذا لم يحل للبائع أن يبيع حتى يؤذن شريكه مع أصالة ملكه، فأحرى أن لا يجوز للمشتري الشراء حتى يؤذن الشريك لطرو ملكه، ولكن ترك الطلب في المجلس إنما يسقط إذا كان (**بلا عذر**) أوجب ترك الطلب .

أما لو كان هناك عذر من خوف يسقط به الواجب أو نحوه لم تبطل الشفعة بترك الطلب، لأن المبطل إنما هو الإضراب، وترك الطلب إنما هو لازم للإضراب أعم واللازم

قال: إنه قال الشافعي الثلاثة الأيام استحساناً، الثالث يمهل حتى تمضي مدة التدبير في ذلك، الرابع يمتد إلى التصريح بالإسقاط، الخامس على التأبيد ما لم يصرح بالإبطال أو يأتي بما يدل عليه كقوله بعه لمن شئت أو هَبْه له، واختاره الشيخ إذ لا دليل على الفورية ولا على الثلاثة الأيام، انتهى. قلت: والذي اختاره الشيخ أقوى الأقوال لأن ما عداه إثبات لحكم بلا دليل وهو الذي أفاده قول "المنار"[2] فيحكم لصاحب التراخي [٣/٥٥٥].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) (٢ / ٧٤ - ٧٦) .

الأعم لا يدل على الملزوم الأخص (**قيل**) المؤيد[1] ترك الطلب مبطل (**وإن جهل**) الشفيع (**استحقاقها**) مطلقاً[أ] أو بالسبب الخاص .

(**و**) كذا لو جهل (**تأثير التراخي في**) إسقاطها وإنما اختلف حكم الجهل هنا، وفي المسألة الأولى لأن المبطل هناك قول وهنا سكوت فهذا لا يتمشى للهادوية لأنهم[ب] يفرقون بين القول والسكوت في الحكم، فلهذا أشار بالقيل إلى ضعف نسبة هذا القول إلى الهادوية، وأما المؤيد فلما رأى أن المبطل هو الإضراب النفسي حكم بأن السكوت لازم مساو له واللازم المساوي ملزوم والملزوم يدل على المساوي قطعاً لا العكس وأسند التلازم بأن النفس بطبعها لا تترك طلب ما هي راغبة فيه، وإن علمت عدم مقتضيه ووجود مانعه فضلاً عن جهلها لهما.

(أ) **قوله:** مطلقاً أو بالسبب الخاص، أقول: أما أن يجهل كون الشفعة مشروعة أو يجهل ثبوتها للجار أو للشريك أو للشرب أو للطريق، أو يجهل كون العقد صحيحاً أو يظنه فاسداً أو يجهل كونه مستحقاً به الشفعة، فيترك الطلب للجهل بأي هذه الأسباب، فإن شفعته لا تبطل بذلك عند الهادوية.

(ب) **قوله:** لأنهم يفرقون بين القول والسكوت في الحكم، أقول: في شرح الأثمار إن السكوت مع الجهل في ما هو فوري لا يبطل[2] به الحق كما في الصغيرة التي زوجها غير أبيها، إذا سكتت بعد البلوغ ولم تفسخ لجهلها بأن لها الخيار أو بأن خيارها على الفور فإن سكوتها لا يبطل خيارها، كما تقدم.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٢) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٢) .

وأجيب: بالمنع مسنداً بأن السكوت كثيراً ما يكون أناة[أ] لا إضراباً (**لا**) لو جهل الشفيع (***ملكه السبب أو***) جهل (***اتصاله***) بالمشفوع فإن المؤيد[1] يوافق الهادي هنا في أن ترك الطلب لأجل جهل ما ذكر لا يبطل الشفعة لأن الباعث على الشفعة إنما هو[ب] الرغبة في ضم المشفوع إلى المشفوع به فحيث لا يعلم المشفوع به ولا اتصاله بالمشفوع يستحيل تصور الضم إليه وطلب شيء فرع تصوره وحينئذٍ لا يكشف ترك الطلب عن الإضراب لأنه حينئذ لازم أعم والأعم لا يستلزم الأخص بخصوصه .

(**و**) تبطل الشفعة (**بتولي**[2]) الشفيع (***البيع***) للمشفوع إلا أن يكون ولياً أو وكيلاً بطلبها، وقال الفريقان[3] لا تبطل بتولي البيع مطلقاً لنا أن اختياره تمليكها الغير إضراب مقارن للعقد فأبطلها، قالوا: إنما تجب بعد العقد والفرض أنه طلب عقيبه، وغاية

(أ) **قوله:** أناة لا إضراباً، أقول: أما مع حصول المقتضى وارتفاع المانع عما يراد طلبه ويخاف فوته فالسكوت إضراب، ولو قيل بأنه يرجع إلى القرائن فإن من الناس من يغلب على طبعه البردة والتأني في مهماته، ومنهم من هو على خلافه لما كان بعيداً.

(ب) **قوله:** إنما هو الرغبة في ضم المشفوع إلى المشفوع به، أقول: قد تقدم له غير مرة أن علة إيجابها دفع الضرر، فالباعث الأصلي هو دفعه وإن انضم إليه غيره فالاعتبار بالأصل، وإن كان قد تلون كلامه في العلة، فلو قال: وكيف من لا يعلم بوقوع ما يضره يمكنه دفعه لكان أولى.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٢ – ١٣) .

(٢) انظر : " روضة الطالبين " (٥ / ٧٩) " بدائع الصنائع " (٥ / ٥ – ٦) .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٢٦ – ٧٢٧) :

وأما قوله : " وتولي البيع ... إلخ " فمبني على ما تقدم من بطلانها بالتراخي ، وقد عرفت ما فيه فلا فرق بين تولي البيع وبين إمضائه ، وقد أكثروا من التعسفات في إبطال هذا الحق الثابت بالشرع ؛ كقوله وبطلب من ليس له طلبه أو المبيع بغيرها أو بغير لفظ الطلب ، فإن جعل هذه المبطلات للشفعة مجرد دعاوٍ لم تعضد ببرهان ، ولا دل عليها عقل ولا نقل ومجرد قولهم إن الاشتغال بذلك مع العلم تراخ فنقول لهم هذا الأصل الذي بنيتم عليه هذه القناطر=

توليه البيع أن يكون كتسليمها قبله وقد تقدم[أ] أنه غير مبطل، وربما كان ترك الطلب قبل العقد وحاله لأمر[ب] ارتفع بالعقد أو لم يقع وكالشراء للغير عندكم كما سيأتي (**لا**) لـــو شرط البائع الخيار لصاحب الشفعة في إمضاء البيع وعدمه فرجح اختيار (***إمضائه***) فأنها لا تبطل خلافاً لأبي حنيفة فرقاً منه بين الإمضاء قبل تمام العقد وبعده، وهو فرق واضــــح لأنه لو طلب الشفعة لكان طلبها كافياً في الإمضاء والتقييد لها لاستلزام طلبها الإمضـــاء كما في قول السيد لعبد نكح بغير إذنه طلّقْ كما تقدم بخلاف تولي البيع فلا يغـــني عـــن طلبها.

(**و**) تبطل الشفعة (**بطلب**) الشفيع (**من ليس له طلبه**) وهو البـــائع بعـــد تسليمه المبيع عالماً بالتسليم، وبأن الشفعة تبطل بذلك اتفاقاً، وكذا مع الجهل عند المؤيـــد بالله مذهباً وتخريجاً، وتخريج[٢] أبي العباس وأبي طالب لا تبطل مع الجهل لأحد الأمـــرين

(أ) **قولـه:** وقد تقدم أنه غير مبطل، أقول: هذا على أصلهم لا على ما قرره من أنه يجب على المشتري إعلام من له الشفعة أنه سيشتري ماله فيه سبب، وأنه أيضاً يجب على البائع إعلام شريكه وإلا فـــلا يبطل لأن توليه البيع زايد على إعلامه [به][٣] قطعاً.

(ب) **قولـه:** لأمر ارتفع بالعقد، أقول: الفرض وخلاف ذلك، وقوله بخلاف توليه البيع فلا يغني عنـــه طلبها صوابه فلا يغني عن طلبها، أي: لا يبطله وهذا على غير ما اختاره أيضاً.

= قد هدمناه وأرحناكم من التعب في تقويمه ، وهكذا أقوله أو بعضه ولو بها إلى آخر البحث فإنه مبني على ذلك الأصل المهدوم .

(١) انظر : " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٤٥٠ – ٣٥٢) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٧) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

ووجه البطلان بطلب البائع حيث تبطل بطلبه أنه غير متمكن من تسليمها لخروجها عن ملكه وذلك(أ) كاشف عن الإضراب عن طلب المتمكن من التسليم وهو المشتري •

(**أو**) طلب المشتري (**المبيع**) الذي [٥٥٦/٣] هو المشفوع لكن طلبه (**بغيرها**) أي بغير الشفعة بل طلب المشتري أن يبيعه منه لأن ذلك كقول السيد للعبد طلق ومن ذلك ما لو أدعى أنه ملكه لا ملك البائع، فانكشف ملكاً للبائع فإنه ذلك كاشف عن الإضراب عن أخذه بالشفعة •

(**أو**) طلبه الشفعة أيضاً لكن طلبه بها (**بغير لفظ الطلب**) نحو أن يقول الشفعة لي فيما شريت أو نحو ذلك من العبارات التي لا تقتضي إنشاء الطلب حتماً، كما إذا قال تفضل أترك في هذا الذي شريت لأني أحق به ونحو ذلك لكن الطلب لمن ليس له الطلب والطلب بغيرها وبغير لفظ الطلب كل الثلاثة إنما يبطلها إذا كان (**عالماً**) بأنها تبطلها لا لو جهل ذلك لكن لا يذهب عنك أن المبطل إنما هو(ب) الإضراب فما دل عليه بمطابقة أو التزام لم يشترط فيه العلم وما لم يدل عليه كترك الطلب مع جهل ملك السبب أو اتصاله فإنه لا يجوز الحكم بأنه مبطل، ومثله الطلب بغير لفظ الطلب لأن كون لفظ الطلب حتماً شرط في استحقاقها حكم شرعي وضعي يفتقر إلى دليل شرعي، ولا دليل إذ لا يدل على الإضراب •

(أ) **قوله:** وذلك كاشف عن الإضراب، أقول: وهذا في غاية السقوط مع جهله بل لو قيل أن طلبه لها من البائع دال على كمال رغبته فيها لكان أقرب، ثم الجاهل غافل ولا تكليف عليه ولا حكم لفعله [٥٥٦/٣].

(ب) **قوله:** إنما هو الإضراب، أقول: يقال الإضراب عمَّاذا أو أي إضراب، وهو ساع في طلبها لكنه جهل من يطلب وبأي لفظ يطلب فطلبها من غير من يطلب منه وبغير ما يطلب به من أعظم الأدلة على عدم إضرابه.

(**أو**) طلب الشفيع (**بعضه**) أي بعض المبيع، فإن طلب البعض يبطل لأنه إضراب عن البعض الآخر، وذلك مستلزم تفريق الصفقة (**ولو**) طلب ذلك البعض (**بها**) أي: بالشفعة (**غالباً**) احتراز مما لو كانت أجزاء المبيع غير متصل بعضه ببعض ولا سبب له إلا في البعض لم يبطل ذلك شفعته في ذلك البعض وإن تفرقت الصفقة على المشتري، خلافاً للناصر[١] بناء منه على أن تفريق الصفقة مانع وسيأتي إبطاله.

نعم إذا لم تتميز الأثمان كان جهل ثمن البعض المشفوع مانعاً على القول بأن الشفعة لا تثبت إلا بالثمن لا بالقيمة، لأن حصة البعض المشفوع من الثمن لا تعرف حينئذ إلا بالتقويم [فتلزم الشفعة بالقيمة وهو الحق][٢] وتقسيط الثمن على القيمة وهو مجهول باختلاف التقويم، وما نسب إلى المجهول فهو مجهول، وشرط الثمن أن يكون معلوما كما تقدم (**و**) طلب البعض من أجزاء المبيع المتصل إنما يسقط أيضاً (***إن اتحد المشتري***) لئلا تفرق الصفقة فيعيبه على المشتري بالنقصان، وذلك إضرار لا يستحقه الشفيع لعدم ترجيح دفع أضرار على دفع آخر، إلا أن في كون تفريق الصفقة مانعاً للشفيع من حقه نظراً لأمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم البراء وزيداً، وقد اشتريا فضة بنقد ونسيئة أن يجيزا قدر النقد ويردا[أ] قدر النسيئة وسيأتي في الشركة إن شاء الله [تعالى][٢]، ولأن إقدام

(أ) **قوله**: ويردا قدر النسيئة، أقول: أخرجه أحمد[٣] وهو عند البخاري[٤] متصل الإسناد بغير هذا السياق، قال ابن حجر في "التلخيص"[٥] بعد سياقه تنبيه الحديث دليل على ترجيح صحة تفريق الصفقة، انتهى. وهو كما قاله الشارح تبعاً لكلامه في "التلخيص" لكنه ذكر ذلك ابن حجر

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٤) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في المسند " (٤ / ٣٧١) .

(٤) في " صحيحه رقم (٣٩٣٩ ، ٣٩٤٠) .

(٥) (٣ / ١١٠) .

المشتري على الشراء مع ظنه التعيب رضاً بالعيب بحيث لو جعلناه عيباً كان كامناً مع البائع لما استحق به الرد لأنه عالم بسببه، والعلم بالسبب علم بالمسبب، أما إذا تعدد المشتري كان له شفعة من شاء منهم خلافاً لمالك نظراً منه إلى أنها نقل للعقد ولا تتبعض كما تقدم، وفيه النظر المذكور، وأما قوله: إن طلب البعض مبطل إن اتحد المشتري.

(**ولو**) كان وكيلاً بالشراء (**لجماعة**) لأن الوكيل تتعلق به حقوق البيع فتفريق الصفقة إنما هو عليه لا على الموكلين (**و**) كذا لو اشترى (**من جماعة**) صفقة واحدة لأنهم بمنزلة البائع الواحد، إلا أنا عرفناك عدم مناسبة تفريق الصفقة لمانعية الشفعة لأن الشفعة ثابتة بدليل صحيح، ومانعيه تفريق الصفقة لم تثبت بدليل[أ] صحيح ولا سقيم، ولهذا قال وصي الشافعي [1][رضي الله عنه][2] إذا اشترى من جماعة كان للشفيع أن

[نفسه][2] في "فتح الباري"[3]وقال: يحتمل أنه وقع كل واحد بعقد فالنسيئة بعقد مستقل والنقد كذلك وتأيد له بما لا ينهض. وأقول: هذا التأويل خلاف الظاهر بل التحقيق أنه لا تفريق في الصفقة في حديث زيد والبراء، لأن عقدهما إنما انطبق وصح على المأذون في بيعه شرعاً، وهو النقد والمنهي عنه وهو النسيئة لم يشمله العقد للنهي عنه، فهو كما لو اشتمل العقد على بيع عبد وحر نفذ البيع في العبد وصدق عليه دون الحر كما تقدم لهم في مسألة إذا اشتمل العقد على ما لا يصح بيعه وعلى ما يصح، وتميزت الأثمان نفذ فيما يصح، فتذكر إلا أن يقال بيع النسيئة باطل، فما صح عنده صلى الله عليه وآله وسلم أصلاً إنما صح في الصفقة بقدر النقد، والحديث دليل على أنه إذا اشتمل العقد على صحيح وباطل نفذ صحيحه وأنه يصح تبعيضه.

(أ) **قوله:** بدليل صحيح ولا سقيم أقول: كأنهم يرون أن تفريقها إضرار بالمشتري، وقد أشار إليه في شرح "الأثمار". وتقدم للشارح [٣/٥٥٧].

---

(١) انظره مفصلاً في " البيان " (٧ / ١٤١ – ١٤٢) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) (٤ / ٣٧١) .

يأخذ مبيع [٣/٥٥٧] من شاء منهم، لأن العقد وإن كان واحداً في الصورة فهو عقود في الحقيقة فلا تفريق (**و**) تبطل الشفعة (**بخروج السبب عن ملكه**) أي ملك الشفيع (**قيل**) لكن لا تبطل بالخروج المذكور إلا إذا كان (**باختياره**) لا لو كان الحاكم هو الذي أخرجه لقضاء دينه أو لتمرده على شركائه عن القسمة فقسم الحاكم عليه ونحو ذلك والمؤيد[1] لا يشترط الاختيار المذكور، وقواه[أ] المصنف.

قلت: لانتقاء الضرر حينئذٍ ثم الخروج عن الملك إنما يكون مبطلاً إذا خرج (**قبل الحكم بها**) ولو بعد استحقاقها بالطلب لانتفاء الضرر كما ذكرنا، ولا يلزم ذلك بعد الحكم لأنه استقر ملكها فلا وجه لرفعه لا كما قبل الحكم .

(**و**) تبطل الشفعة (**بتراخي**) الشفيع (**الغائب**) عن مجلس العقد إذا لم تكن (**مسافة**) غيبته إلا قدر (**ثلاث**) ليال (**فما دون**) لا لو تراخى وهو في مسافة فوقها

(أ) **قوله**: وقواه المصنف، أقول: أي في "البحر"[2] فإنه صدر المسألة للمؤيد بالله، ثم ذكر خلاف أبي طالب وأنه يشترط الخروج باختياره ورده بقوله لنا ما مرَّ أي من أنها لدفع الضرر، وقد زال والمنار اختار قول أبي حنيفة، قال لأن الشفيع قد استحق المبيع بنفس البيع والحكم إنما هو لفصل الشجار كما [قد] [3]ذكرناه. انتهى.

قلت: قول الشارح قد عاد إلى جعل الضرر هو العلة فتذكر.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٥٤) حيث قال المؤيد بالله إن الشفعة تبطل بخروج السبب سواء خرج باختياره أم بغير اختياره .

(٢) " البحر الزخار " (٢٢) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

فإن شفعته[أ] لا تبطل، وقيل: لا دليل على التحديد بل التراخي مبطل مطلقاً، لأن الغائب فوق ثلاث يمكنه الطلب برسول أو كتاب، وأما القول بأن الحاكم ينصب عنه فالنصب إنما يصح فيما هو على الغائب من الحقوق لا فيما هو له، وإنما يكون التراخي مبطلاً إذا كان (**عقيب شهادة**) أي نصابها[ب] لأن الشهادة إنما تكون بين يدي حاكم وإلا كانت خبراً .

وأراد بقوله (**مطلقاً**) أن التراخي عقيب الشهادة مبطل ظاهراً أو باطناً .

(**أو**) حصل التراخي عقيب (**خبر يثمر الظن**) بحصول البيع لكنه إنما يبطلها (**ديناً فقط**) أي تديناً فيما بينه وبين الله تعالى، لكن هذا إنما يتمشى على أصل من لا يوجب العمل بالآحاد، وأما من يوجبه فلا لأنه لو اعترف أن العدل أخبره بالبيع أو أقام المشتري بيِّنة أيضاً على أن العدل قد أخبره لصح للحاكم أن يحكم عليه ببطلانها لأن

(أ) **قوله:** فإن شفعته لا تبطل، أقول: في نهاية المجتهد أجمع العلماء [على][(١)] أن الغائب على شفعته ما لم يبع شريكه، واختلفوا إذا علم وهو غائب، قال قوم تسقط شفعته، وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك[(٢)] والحجة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من حديث جابر[(٣)] أنه قال: " الجار أحق بصقبه " [أو قال بسقبه][(١)] ينتظر بها إن كان غائباً، وأيضاً فإن الغائب معوق عن الشفعة فوجب عذره وعمدة الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها، انتهى. وهذا خلاف آخر في المسألة.

(ب) **قوله:** أي نصابها، أقول: ولذلك عدل "الأثمار" وشرحه إلى خبر نحو عدلين، وأبان شارحه وجهه وأنه ما أشار إليه الشارح ومثله عدل في "الفتح"[(٤)].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٥٨) .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث ضعيف .

(٤) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٥٥ – ٥٦) .

نصاب الشهادة إنما يعتبر على المنكر بالأصالة، فإذا تراخى في المسافة المـذكورة عقيب الشهادة أو الخبر المذكورين (**عن الطلب**) بلسانه[أ] (**والسير**) بنفسه (**أو البعث**) برسول أو كتاب بطلت، وقال المؤيد باللهوالإمام يحيى[1] لا وجه للطلب حيث لا شـاهد عنده، وقواه المصنف .

قالوا[ب]: ولا للإشهاد على أن الخروج أو البعث إنما كانا لها، أما الخـروج فـلأن الظاهر فيمن لم يتشاغل بعد الخروج بغيرها أن خروجه لها وإلا كان المبطل هو الاشـتغال بغيرها، فلا يجدي الإشهاد أيضاً، وأما البعث فلا يحتمل شيئاً من[2] ذلـك لأن اشـتغال المبعوث بغيرها لا يبطلها كما سيأتي إن شاء الله، وإنما يبطلها التراخي المذكور إذا كـان (**بلا عذر موجب**) للتراخي وهو ما يخرجه عن حد الاختيار عند المؤيد، وما يسـتلزم الإجحاف به عند الهادوية، وقيل: الموجب للتضرر، وأما مقدار التراخي فهو مـا يبلـغ (**قدراً يعد به**) في العرف (**متراخياً**) نحو أن يشرع في عمل لا يحتاج إليه في الخروج أو البعث أو لا يجحف تركه به (**فلو أتم نفلاً**) كان شرع فيه قبل العلم ولم يكن النفل

(أ) **قولـه:** بلسانه، أقول: ولو كان وحده كما في شرح "الفتح "وقد عـدل "الأثمـار" عـن عبـارة "الأزهار"، واختار مذهب المؤيد بالله ومن تبعه وأبان شارحه وجه العدول، وأن عبارة "الأزهـار" لم تطبق على قول أبي العباس لأنه يشترط الإشهاد على الطلب وعلى الخروج، ويشترط الترافـع ولم يذكره في "الأزهار" ولا ينطبق على غيره من الأقوال [ومثله في شرح الفتح][3].

(ب) **قولـه:** قالوا ولا للإشهاد أن الخروج والبعث كان لها، أقول: في الغائب وأما الحاضر فقالوا لا بد من الإشهاد أو السير لطلبها وقواه المصنف [٣/٥٥٨].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٢٢) .

(٢) في نسخة أخرى غير .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

إلا (**ركعتين**) أما لو أتمه أربعاً أو ثلاثاً بطلت لأن أقل النفل ركعتان (***أو قدم التسليم***) أي السلام على المشتري (***أو***) قدم (***فرضاً تضيق لم تبطل***) وقال المؤيد(١) والمرتضى أن الشفعة تبطل بتقديم السلام على المشتري سواء كان ابتداء أو جواباً وهو غلو، نسأل الله السلامة من جانبي الإفراط والتفريط، كيف وفورية الشفعة إنما حكم بها للآثار الواهية التي قدمنا لك عدم صحتها؟

(فصل)

(***ولا تبطل بموت المشتري مطلقاً***) [٥٥٨/٣] سواء مات قبل الطلب أو بعده وادعى المصنف الإجماع لأن كون موته مانعاً للمقتضى الموجود حكم شرعي يفتقر إلى دليل شرعي (***ولا***) بموت (***الشفيع بعد الطلب***) وقال الثوري(٢) وأبو حنيفة(٣) وأصحابه وقول للمؤيد (٤)تبطل به مطلقاً، لأنها إنما تستحق باختيار الشفيع، فهي كخيار(أ) القبول وقد امتنع بالموت، قلنا: حصل الاختيار بالطلب فصارت مستحقة كما

فصل ولا تبطل بموت المشتري

(أ) **قوله:** كخيار القبول، أقول: هذه عبارة وقعت في "البحر"(٥) في محلين، واستدل بها من قال لا تورث، قالوا: لأنها كخيار القبول قال في الرياض المراد به قبول العقود التي تفتقر إلى القبول، فإنها تصح إلى آخر المجلس، وقيل المراد خيار المتبايعين قبل التفرقة بالأبدان وقريب منه في حواشي البحر، ولم يرتض المنار هذا الاستدلال وناقش فيه.

---

(١) انظر " شرح الأزهار " (٧ / ٦١) .

(٢) " موسوعة فقه سفيان الثوري (ص ٥٣٣) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٤٤٩ – ٤٥٠) .

(٤) " شرح الأزهار " (٧ / ٦٤) .

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ١٤ – ١٥) .

تقدم، وموت من له الحق لا يرفع الاستحقاق، وأما قوله: (***أو قبل العلم أو***) [قبل][1] (***التمكن***) من الطلب فمدافع[أ] لما تقدم من قوله أنها إنما تستحق بالطلب، وإنما يتمشى على ما اخترناه هنالك من أنه إنما احتيج إليه لئلا يكون الظاهر من عدمه هو التراخي المبطل، وعليه يحمل قول أبي طالب ومالك والشافعي أنه ليس بشرط، فيستقيم ما هنا ويسقط ما تقدم، ويكون الموجب لاستحقاقها مجرد ملك السبب حال البيع [حتى يظهر أحد أسباب بطلانها][1] .

(***ولا***) تبطل (***بتفريط الولي***) على مال الصغير (***والرسول***) أي الوكيل بطلبها سواء فرطا لعذر أو لغير عذر قيل إلا أن يعلم المرسل اعتياد الرسول للتفريط، وقد أفهم لفظ التفريط [إلى][1] أن الولي إذا تركها لمصلحة في تركها سقطت .

(أ) **قوله:** فمدافع لما تقدم، أقول: لأنه سلف أنها تجب بالبيع وتستحق بالطلب، وقيل: فهل الإرث الواجب أو المستحق بالبيع إن كان الأول فلا إشكال، وإن كان الثاني ورد عليه ما ذكره الشارح، وفي بعض حواشي الشارح على شرح الفتح الوارث إنما يرث ما تركه الميت ملكاً أو حقاً وهي قبل الطلب ليست حقاً للميت فتورث ولا للوارث لأنه ليس بشريك وقت وجوبها، وكونه خليفة للميت إنما كان فيما يستحقه، ولا استحقاق، انتهى. من خطه إلا أنه يقال: إذا قد صارت واجبة له على المشتري بنفس البيع كما هو قول الشارح فالواجب هو حق للغير فتورث وإلا فما هو الواجب.

واعلم أن مؤلف الأثمار اختار أن الشفعة لا تبطل بموت المشتري ولا الشفيع مطلقاً من غير فصل وتأول قول الهادي عليه السلام أن الشفعة تبطل بموت الشفيع بأن المراد إن مات وقد صدر منه ما يبطل الشفعة من تراخ ونحوه، انتهى. ولا يقال فكيف يجوز للمشتري استهلاك المبيع قبل الطلب، لأنه يقال الوجوب بالبيع لا يكون مانعاً من تصرف المالك في ملكه ما لم يمنعه صاحب الحق بطلب حقه.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(**ولا**) تبطل (**بالتقايل** [(١)]) أي بإقالة البائع للمشتري أو العكس (**مطلقاً**) أي سواء تقايلا بعد الطلب أو قبله أما إذا كان التقايل بعده، فلأنها قد استحقت بالطلب فلا تقايل في الحقيقة فيما يستحقه المقيل إلا أن أبا العباس والمؤيد اختلفا في قول الهادي ليس للمشتري الإقالة بعد علمه طلب الشفيع، فقال أبو العباس[(٢)]: أراد التحريم فلا تصح الإقالة إذ فيه إبطال حق مستحق، وقال المؤيد أراد الكراهة فتصح، وأجاب المصنف عن المؤيد بأن الظاهر خلافه.

قلت: أما تعليل أبي العباس بكونه إبطال حق مستحق فمحل النزاع لأن أحقية الشفيع إنما هي على غير البائع[(أ)] والإقالة لم تخرجه إلى من الشفيع أحق منه فالحق قول

(أ) **قوله:** والإقالة لم تخرجه إلى من الشفيع أحق منه، أقول: حاصله الشفيع أحق بالمبيع من المشتري، والإقالة أرجعت المبيع إلى البائع وليس الأحقية بالمبيع للشفيع عليه وهو تعليل قلق ينافي ما سبق له أنه يجب على البائع إيذان شريكه، فإن هذا إثبات حق على البائع كالحق الذي للشفيع على المشتري، نعم، الأحقية إنما هي للشفيع على المشتري إلا أن لك أن تقول الكلام في إبطال حق قد

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٢٨) .

قوله : " ولا بالتقايل مطلقاً " .

أقول : إذا أقال المشتري البائع رجع المبيع له وكأن البيع لم يكن وهكذا إذا قال البائع المشتري أو أقال كل واحد منهما الآخر فلم يتم البيع تماماً شرعياً ، فلا وجه لما قاله المصنف ، وهكذا لا وجه لما تقدم له من أن الإقالة بيع في حق الشفيع ، وهكذا لا وجه لقوله ولا بالفسخ بعد الطلب لأن الفسخ قد عاد على أصل البيع الذي و سبب استحقاق الشفعة بالبطلان ، وهكذا لا وجه لقوله ويمتنعان بعده .

والحاصل : أن هذه تفريعات على أصول منهارة ، وأما كونها لا تبطل بالشراء لنفسه فلعدم ورود ما يدل على أن ذلك مبطل لحقه من الشفعة إذا قام يشفع غيره ممن له استحقاق لها ، وهكذا لا تبطل بالشراء لغيره ولكن لابد عند من يوجب الفور أن يطلب نفسه كما قال المصنف وأما كونه لا يسلم إليها فلأنه مأمور بإدخال المبيع في ملك موكله لا بإخراجه عن ملكه فإن ذلك لا يقتضيه التوكيل .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٦٦ – ٦٧) .

المؤيد، وأما قبل الطلب فإنما يتمشى على القول بأن استحقاق الشفعة بمجرد البيع أو على[أ] أن الإقالة بيع في حق الشفيع كما تقدم ولكن منعه الإمام يحيى وحكم بأنها فسخ للعقد من أصله مستدلاً بصحتها بدون ذكر الثمن، وإنما أجاب المصنف بقوله قلت: إيجاب وقبول يستلزم العوض فأشبه البيع فلزم تجددها، انتهى. وهو مدفوع بما قدمنا من أن أحقية الشفيع إنما هي على غير البائع، أما قبل قبض المشتري للمبيع فادعى أبو طالب[1] الإجماع على أنها فسخ، وإنما قال المصنف لعل الإجماع فيما عدا الشفيع، وأما بعده فقد عرفت خلاف الإمام يحيى فيه.

(**ولا**) تبطل (**بالفسخ**) الحاصل بعيب أو رؤية أو شرط إذا كان (**بعد الطلب**) لا إذا وقع التفاسخ قبل الطلب وهو بناء على أنها إنما تستحق بالطلب وقد عرفت[ب] ما فيه ولهذا[ج] قيل لا فرق عند الهادوية بين كون الفسخ قبل الطلب أو بعده في أنه مبطل لها، أما بالرؤية والشرط المجمع على ثبوته فلأن البيع موقوف في الحقيقة غير نافذ، وإما في

ثبت سواء خرج المستحق إلى من له أحقية أم لا.

(أ) **قوله:** أو على أن الإقالة في حق الشفيع بيع، أقول: تقدم دعوى الإجماع على هذا إلا أنه قد خالف في ذلك الإمام يحيى فلا إجماع، قال في "المنار"[2]: إذا لم يصح الإجماع فلا فرق بين الشفيع وغيره وتقدم تحقيق ذلك.

(ب) **قوله:** وقد عرفت ما فيه، أقول: لا يخفى أنه اضطرب الكلام في هذا الفصل فلم يتم على تقدير أنه لا استحقاق إلا بالطلب، ولا على تقدير أنه استحقاق إلا بالمبيع، ولم يرجع ذلك إلى قاعدة ولا دليل فينظر.

(ج) **قوله:** ولهذا قيل لا فرق عند الهادوية، أقول: لم أر هذا القيل في "الغيث" ولا غيره.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٦٨) .

(٢) (٢ / ٨٤) .

العيب والمختلف فيه من الشرط فإن ثبت الرد بحكم بطلت وإلا فـلا، ولا حاجـة[أ] إلى قوله: (**ويمتنعان بعده**) لأن المراد بالامتناع هنا عدم بطلان حق الشفيع فقط، وهـذا هو الحاصل من قوله ولا بالتقايل مطلقاً ولا بالفسخ بعد الطلب وليس المراد من الامتناع أنه لو أبطل الشفيع الشفعة بعد الطلب وقبل الحكم لم يصح التقايل والتفاسخ، لأن هذا مما لا وجه له .

(**ولا**) تبطل على الشفيع (**بالشراء لنفسه**) حتى يلزم أولوية غيره من الشفعاء وعن مالك[1] والشافعي[2] شراؤه يبطل شفعته فيكون غيره أحق وهو وهم مبني على أن [٣/٥٥٩] أحقية الشفيع ثابتة على كل مشتر وقد عرفت أنها إضافية بالنظر إلى غير[ب]

(أ) **قولـه:** ولا حاجة إلى قوله ويمتنعان بعده، أقول: قد تنبه مؤلف الأثمار والفتح لهذا فحذفا قولـه ولا بالتقايل، فقال الأول: وتمتنع الإقالة والفسخ فيما فيه شفعة، والثاني: وتمتنع الإقالة والفسـخ بعـد طلبها، قال شارح الأثمار حذف قوله ولا بالتقايل مطلقاً ولا بالفسخ لدخول ذلك في قولـه [و][3] تمتنع الإقالة والفسخ فيما فيه شفعة، انتهى.

واعلم أنه لم يصرح الأثمار هنا باعتبار الطلب ولم ينبه على وجهه شارحه مع أنه قائل أنها إنما تستحق بالطلب كما يفيده قوله في الأثمار، وتثبت وتستحق وتملك بالبيع والطلب والحكـم، انتـهى. وفي عبارته لف ونشر مرتب، وكأنه أدرجه في صورة غالباً واكتفى بذلك عن التصريح [٣/٥٥٩].

(ب) **قولـه:** إلى غير المالك والشريك، أقول: هذا محل النزاع، وأما المالك فإن أريد البائع فما له دخل في الكلام، وإن أريد غيره فمن هو، وقد رد في "البحر"[4] على الشافعية ومالك بقوله قلنا: لا وجه لإبطال حقه. مع قيام سببه وفي شرح الأثمار ولا يحتاج إلى طلب ولا حكم، ذكره المؤيد بالله وأبـو جعفر لأنه قد ملك.

---

(١) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٥٨) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ١٤٠) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٢٥) .

المالك والشريك على أن الأحقية لا تشترط(أ) أن تكون بالشفعة بل وبالشراء، ولهـذا لا يحل للبائع أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك كما في الحديث (**أو**) إذا شرى (**للغير**) ما لنفسه حق الشفعة فيه فإنها(ب) لا تبطل شفعته، وقال أبو حنيفة[1] تبطل لأنه في الشراء للغير متمكن من الإضافة إلى نفسه فإضافته إلى الغير إضراب ولا كذلك متولي البيع (**و**) لكن (**يطلب نفسه**) الشفعة [أما][2] في شرائه للغير إذا كان وكيلاً أو ولياً لأن الحقوق تتعلق بهما لا لو كان فضولياً، وكذا الوكيل والولي عند من لا يقول بتعلق الحقوق بهما كما سيأتي إن شاء الله تعالى (**و**) طلب نفسه وإن صح فهو (**لا**) يصح أن (**يسلم إليها**) لأن وكيل الشراء لا يكون وكيلاً بالبيع ولما يلزم من كونه طالباً مطلوباً بالحقوق وقد تقدم ما فيه.

(أ) **قوله:** لا تشترط أن تكون بالشفعة، أقول: مسلم إلا أن الكلام في الشفيع من حيث كونه شفيعاً لا من حيثية أخرى فليس الكلام فيها.

(ب) **قوله:** فإنها لا تبطل شفعته، أقول: لم يعلل الشارح عدم البطلان وعلله في "الغيث"[3] بقوله والوجه فيه أن شراءه لا يتضمن أنه سلم المبيع بل إنه يتسلمه بخلاف ما إذا باع ماله فيه الشفعة كما تقدم.

---

(١) " البناية في " شرح الهداية " (١٠ / ٣٨٠ – ٣٨١) .

(٢) زيادة من نسخة اخرى .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٧١ – ٧٢) .

(فصل)[أ]

(**_وللمشتري قبل الطلب الانتفاع والإتلاف_**) للمبيع (**_لا بعده_**) قبل الحكم خلافاً للشافعي[1]، لنا تعلق حقه بها بالطلب.

وأجيب بالمنع مسنداً بأن تعلقه موقوف على تحقق كمال المقتضى وانتفاء المانع ولا تحقق لهما قبل الحكم، والأصل عدمهما ورد بأن الكلام فيما انكشف حصولهما والمعتبر هو الانتهاء ومن هنا قال أبو العباس[2] لا يجوز له ذلك قبل الطلب أيضاً لأن الاستحقاق لها بالبيع لا بالطلب كما قدمنا إلا إذا جهل مشروعية الشفعة أو علم أن لا شفيع.

قلت: إن كان الكلام في مجرد الجواز فلا جواز[ب] للشراء قبل إيذان الشريك فضالاً عن التصرف إلا على رأي الأصم في أن نهي البائع للكراهة لا للحظر وإن كان الكلام في الصحة وعدمها فينبني على القول بأن نهي الحظر يقتضي الفساد أولاً وقد عرفناك أن المشتري منهي عن التهجم على حق الشفيع كما نهى البائع عنه.

(**_لكن_**) المشتري وإن تصرف بعد الطلب فإنه (**_لا ضمان_**) عليه (**_للقيمة_**[ج] **_وإن أتلف_**) المبيع (**_ولا أجرة_**) عليه (**_وإن استعمل إلا_**) أن يكون الإتلاف أو

(أ) **قولـه:** وللمشترى قبل الطلب الانتفاع، قوله: قبل الطلب. أقول: قيده في "الأثمار" بقوله بعد علمه أن الشفعة مستحقة.

(ب) **قولـه:** فلا جواز للشراء قبل إيذان الشريك، أقول: أي لا يجوز للمشتري أن يشتري قبل إيذانه الشريك الذي له الشفعة، وهذا على ما اختاره لنفسه بأنه أحرى من البائع بوجوب الإيذان كما تقدم.

(ج) **قولـه:** للقيمة، أقول: حذفه "الأثمار" وقال شارحه إنما حذفه لأنه يوهم أنه يضمن المثل حيث يكون المبيع مثلياً وليس كذلك، وقد بيض لذلك في بعض نسخ "الغيث".

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ١٥٣ – ١٥٤) .

(٢) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٧ / ٧٣) .

الاستعمال (***بعد الحكم أو التسليم***[أ] ***باللفظ***) طوعاً لا بمجرد التخلية أو الإكراه من غير الحاكم لزم الضمان والأجرة.

(أ) **قال:** أو التسليم باللفظ، أقول: حذفه الأثمار قال شارحه إنما حذفه لأنه يوهم أنه يضمن قيمة المبيع إذا تلف بعد التسليم باللفظ من دون حكم، وكذلك الأجرة على أحد القولين، وليس كذلك بل هو كالمبيع في يد البائع بخلاف عبارة الأثمار فمصرحة بذلك، فلم يكن للتسليم وجه فائدة، انتهى.

قلت: وحذف أيضاً قوله وإن استعمله ولم ينبه شارحه عليه وكأنه للغنية عنه فإنه لا أجرة إلا للاستعمال، وكذلك حذف وإن أتلف كأنه لذلك وعبارة الفتح، لكن لا ضمان ولا أجرة إلا بعد الحكم أو التسليم لفظاً، و"الأثمار" أفاد أنه لا [يلزم][1] ضمان ولا أجرة إلا بعد الحكم، والفتح أفاد لزوم ضمان وأجرة بعده أيضاً، وأفاد لزوم الأجرة بعد التسليم، وقد تقدم تضعيف القول بأنه لا يلزم البائع الأجرة إن استعمل المبيع قبل التسليم، وتقوية القول بلزوم الكرى للمبيع لأنه استعمل منافع مملوكة لغيره.

ويأتي قريباً أنه كالمبيع قبل التسليم، وحينئذٍ فتلزم الأجرة كما هو الأقوى في المبيع قبل التسليم وبعده، وبعد هذا تعرف أنه فات الأثمار ذكرٍ لزوم الأجرة بعد التسليم فالأول تقصير والثاني زيادة غير صحيحة، ولا يقال لعل صاحب الأثمار يختار القول بأنه لا أجرة للمبيع إذا استعمله البائع قبل التسليم، لأنا نقول أنه يختار لزوم الأجرة.

قال شارحه في باب تلف المبيع واستحقاقه، وإنما حذف قوله في الأزهار قيل وإن استعمله فلا خراج لأن المختار للمذهب ما ذكره أبو طالب[2] [من][1] أنه يلزم الكرى للمشتري، إذ البائع مستهلك لمنافع ملكه بغير إباحة فلزمته قيمة المنافع، انتهى.

قلت: ومن هنا تعرف أن قول الشارح في فصل تلف المبيع أن كلام القيل أنه إذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم فلا خراج أنه يناسب ما يأتي في الشفعة من أن المشتري إذا استعمل المبيع بعد الطلب فلا أجرة عليه، مبني على أنهم يجعلون الطلب في الشفعة كالعقد في البيع، وقولهم في الشفعة.

---

(١) زيادة من نسخة اخرى .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٧٨) .

لكن ههنا بحث وهو أن الاستحقاق بالطلب إن كان كالاستحقاق بالعقد الصحيح في البيع وجبت هنا أجرة الاستعمال قبل الحكم أو التسليم، كما وجبت هناك للمشتري بالاستعمال، قبل التسليم وإن لم يكن الطلب بمنزلة العقد وإنما الذي بمنزلة العقد هو الحكم أو التسليم طوعاً فلا وجه[أ] لمنع الانتفاع بعد الطلب وقبلهما لأن الطلب حينئذ كالمساومة في البيع، ولا يمتنع انتفاع البائع بماله على أنا أن جعلنا الحكم أو التسليم بمنزلة العقد لم يلزم على قياس ما تقدم إلا ضمان الأجرة لا ضمان المبيع إن أتلفه المشتري لأنه كالبائع والبائع لا يضمن المبيع قبل القبض، وإن ضمن الخراج فلا وجه للتسوية بينهما في الضمان بعد الحكم وقبل القبض على أن إيجاب ضمان العين والخراج بمجرد الحكم والتسليم باللفظ من دون قبض للشفعة مشكل، يلزم أن لو وقع الحكم باستحقاق المشتري للمبيع لضمن البائع تالفه بالقيمة قبل القبض فالكلام في المقامين[ب] لا يخلو عن انضراب[ج] وقد قيد شيخنا [1] رحمه الله تعالى إطلاق الضمان بعد الحكم أو التسليم

تملك بالحكم أو التسليم طوعاً يقضي بأن الطلب ليس كالعقد، وإلا لكان الملك به كما أن الملك في البيع بالعقد وعليه هذا البحث الآتي له هنا .

(أ) **قولـه:** فلا وجه لمنع الانتفاع بعد الطلب وقبلهما، أقول: وجهه أن فيه حقاً للغير فالطلب كالحجر يمنع عن التصرف في العين المحجورة، وليس كالمساومة فإن المساومة لم يسبقها حق للمساوم في العين، بخلاف طلب الشفعة فالطلب قد سبقه حق في العين هو وجوب الشفعة بنفس البيع فهذا فارق عن إلحاقه بالمساومة ملحق له بالحجر، نعم قوله على أنا لو جعلنا الحكم أو التسليم بمنزلة العقد هو الإشكال القوي المحتاج إلى التقصي عنه.

(ب) **قولـه:** في المقامين، أقول:- في المبيع حيث لم يجعل العقد موجباً للضمان للعين وفي الشفعة حيث جعلوا ما هو كالعقد موجباً لضمانها.

(ج) **قولـه:** [وفي نسخة اضطراب][2].

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٧٧) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

بكونهما مع القبض إلا أن ذلك وهم لأنه بعد القبض يتلف من مال الشفيع وإن بقي في يد البائع لأن معه أمانة لا يضمن •

(**وللشفيع**[أ] **الرد**) للمشفوع على من قبضه من يده بائع أو مشتر (**بمثل** [٣/٥٦٠] **ما يرد به المشتري**) على البائع من الخيارات المتقدمة (**إلا**) خيار (**الشرط**) إذا لم يكن للبائع خيار إذ لو كان له خيار فلا شفعة رأساً حتى يبطل خياره، وأما خيار المشتري فينتقل إلى الشفيع خلافاً "للمنتخب [١] وأبي حنيفة[٢] وأصحابه ورواية عن المؤيد لنا أن المشتري كالوكيل للشفيع.

وأجيب بالمنع مسنداً بأنه كشرطه الخيار لنفسه لبطل شفعته بخلاف الرؤية والعيب فثبوتهما بلا شرط (**و**) إذا كان المشتري قد قاسم في المبيع فللشفيع (**نقض مقاسمته ووقفه وعتقه واستيلاده**) بمعنى أن المستولدة لا يحرم بيعها وإن صار ولدها[ب] حراً فإنما تلزم قيمته للشفيع إذا حكم له وهو متصل (**وبيعه**) وخالف ابن أبي ليلى في الجميع وأبو حنيفة وغيره في الوقف والإمام يحيى[٣] وغيره في العتق، والجميع تخبط لأنهم تارة يجعلون للمشتري ملكاً وتارة يجعلونه وكيلاً للشفيع وصحة نقض المذكورات لا يتحقق إلا على تقدير كونه فضولياً لا ينفذ تصرفه إلا بإجازة الشفيع، وذلك معنى الموقوف •

(أ) **قوله:** وللشفيع الرد، أقول: استدل له في "البحر"[٣] بقوله إذ عقده سبب ملكه فما وجب له وجب له [٣/٥٦٠].

(ب) **قوله:** وإن صار ولدها حراً، أقول في شرح" الفتح" علله بقوله لوقوعه في شبهة ملك واستدرك عليه بأنه واقع في ملك، وإنما لزمته قيمته إذا حكم له وهو متصل لأنه من الفوائد.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٢٥ – ٢٦) •

(٣) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٤٣١) •

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٢٦) •

والحق أنه إن علم بوجوب الشفعة واستحقاقها كان ملكه موقوفاً على بطلانها فيكون حكم ما فعله حكم ما يفعله المشتري بالعقد الموقوف وإن لم يعلم وجوب الشفعة ولا استحقاقها نفذت تصرفاته كلها وإلا كلفناه[أ] ما لا يعلمه ولا يصح كما علم في الأصول .

وعلى نفوذ تصرفه ينبني قوله: (*فإن تنوسخ*[١] ....

(أ) **قوله:** وإلا كلفناه ما لم يعلمه. أقول: هذا في الجاهل باعتبار العلة في كل ما يأتيه ولكنهم لم يطردوا ذلك.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٤٤٠ - ٤٤١) .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٣٠ - ٧٣١) .

الشفعة وجد سببها بالعقد الأول ، فإذا انضم إليه الطلب ، وبذل مادفعه المشتري من الثمن فلا حكم للعقود التي ترتبت على هذا العقد الذي كان هو السبب للشفعة بل تبطل كلها ، ويتراجع أهلها بما دفعوه من الأثمان سواء زادت على ما دفعه المشتري الأول أو نقصت عنه ، قلت : إن حق الشفيع يثبت بكل واحد منها على حد ثبوته بالعقد الأول فما المانع للشفيع من أن يشفع ماشاء منها ؟ قلت : إن كان حق الشفيع ثابتاً في العقد الأول فلا يصح ما ترتب عليه ، ولا يشفع إلا به ، وإن كان قد أبطل شفعته فيه أو بطلت بمبطل شرعي كان العقد الثاني بمنزلة عقد أول فليس له أن يشفع إلا به لا بما ترتب عليه ثم هكذا الكلام في بقية العقود ، وأما الحكم لجميعها بالصحة وتفويض الشفيع إلى ما يقترحه ويريده فخارج عن مسلك العدل والعقل ، فإنه يؤدي إلى تغريم بعض البائعين بعد أن باع ملكه بيعاً أذن الله له به ، وأحل له ما قبضه من الثمن بمجرد هذا التشهي المجعول للشفيع خبطا وجزافاً .

وأما كون عليه مثل الثمن فمعلوم لا تدعو إليه حاجة إلى ذكره .

وأما كونها تبطل مع جهل الثمن أو عدمه ، فإن استمر ذلك ولم يتبين القدر أو لم يوجد فوجه البطلان أن المشتري لا يجب عليه إخراج المبيع عن ملكه إلى ملك الشفيع إلا بالثمن الذي دفعه ، والمفروض أنه قد طرأ ما أوجب جهالته ، أو تعذر وجوده ، فلا يجوز أن يكلف بإخراجه عن ملكه لأنه هجوم على مالا عدل فيه والعدول إلى القيمة قد يكون مخالفاً لغرض مالكه ، فالشفيع مخير بين أن يدفع له ما يرضى به حتى يكون ذلك تجارة عن تراض أو يدع الشفعة .

شفع[أ] ***بمدفوع من شاء***) وإلا كان موقوفاً على إجازة الشفيع ولو جعلناه نافذاً بغير إجازة الشفيع لما صح نقضه له ضرورة عدم استحقاق من لا يعتبر إجازته لنقض ما نفذ وانبرم وبعد هذا[ب] تعلم أنه لا محيص لهم من أحد أمرين، إما تصحيح تصرفات المشتري ولزوم مذهب ابن أبي ليلى في عدم صحة نقض المذكورات أو إبطالها ولزوم كون العقود كلها موقوفة على إجازة الشفيع، وذلك موجب لاستحقاقه الشفعة بمجرد العقد قبل الطلب كما قدمناه لك وإليه ذهب القدوري من الحنفية.

وأما قول المصنف أن مختاره أولى لأن ثمرة الطلب الاستحقاق ليصح الحكم فساقط إذ استحقاق طلبها فرع استحقاقها إذ الطلب الصحيح إنما يكون لحق سابق على الطلب فوزانها وزان شرط الخيار للأجنبي تمام العقد ونفوذه موقوف على اختياره كما تقدم في الخيارات إلا أن هذا ثبت بشرط الشارع وخيار الأجنبي ثبت بشرط العاقد (***فإن أطلق***) الشفيع طلب الشفعة ولم يعين عقداً من العقود التي وقع بها التناسخ

(أ) **قوله:** فبمدفوع من شاء، أقول: الذي في "البحر"[1] للهادي وأبي طالب والإمام يحيى أنه يشفع بمدفوع الأول، واستدل له بأنه الموجب للشفعة، ثم رد على من قال أنه بالتخيير بقوله: قلنا الموجب للشفعة هو الأول، فتعين ما عقد به ونسب التخيير إلى أبي حنيفة، واستدل له بقوله لاستواء العقدين في إيجابها وارتضاه في "المنار"[2]، فالأزهار هنا لغير الهادي وغير ما قواه المصنف في "البحر"[3].

(ب) **قوله:** تعلم أنه لا محيص لهم، أقول: تظهر قوة هذا الكلام إلا أن يقال: أخذه بمدفوع من شاء دليل على أنه لم ينفذ تصرف المشتري إذ لو نفذ لما كان له الشفعة بأيها شاء، فما خير إلا لأنها عقود موقوفة على طلبه للشفعة أو إمضائه ويلزم قول القدوري ولا ضير فيه، فيقال استحقها بعقد البيع لكن ما علم إرادته إياها إلا بالطلب، ولذا قلنا: لو قيل تضيق بالطلب لكان أقرب.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٢٦) .

(٢) (٢ / ٧٦) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٢٦) .

(**فبالأول**) وقيل بثمن من أخذه من يده والحق بقاء التخيير لأن المطلق لا يستلزم المقيد (**و**) إذا تفاوتت الأثمان فإنه (**يرد ذو الأكثر**) أي القـابض للـثمن الأكثـر (**لذي الأقل**) فإذا اشترى الأول بألف وباعه بألف ومائة، ثم باعه المشتري منه بألف ومـائتين فأخذا الشفيع بالألف رد المشتري الثاني للثالث مائتين، والأول للثاني مائة، والعكس لـو اشترى الأول بألف ومائتين وباع بألف ومائة، وباع المشتري منه بألف فأخذ الشفيع بألف ومائتين رد المشتري الثالث للثاني مائتين، والثاني للأول مائة واحدة .

(**و**) الشفيع يجب (**عليه مثل الثمن النقد المدفوع**)[أ] فقط لا الملفوظ الـذي حط بعضه للمشتري قبل أن يقبض منه وتجب المماثلة (**قدراً وصفة**) هـذا في المثلـي النقد (**و**) أما المثلي غير النقد كالطعام فيجب على الشـفيع (**مثل المثلى**[1] **جنساً وصفة فإن جهل**) جنسه أو قدره (**أو عدم**) جنسه إذ لا يعدم القدر (**بطلت**)[ب]

(أ) **قوله:** المدفوع، أقول حذف في الأثمار هذا القيد قال شارحه لإيهامه أن المشـتري إذا زاد للبـائع على الثمن الذي وقع به العقد لزمت الشفيع تلك الزيادة، إذ هي من المدفوع وكذا حيـث دفـع المشتري عن الثمن جنساً آخر، إذ يصدق عليه أنه المدفوع ونحو ذلك، وليس كذلك، وكذا لو عقد على صحاح أو بيض وسلم عنها مكسراً سوداً فإنه لا يجب عليه إلا مثل المدفوع، انتهى. إلا أنه لا يخفاك أنه فات الأثمار الاحتراز عن الملفوظ، كما ذكره الشارح المصنف في "الغيث"، إلا أن يقال إن لفظ مثل الثمن[2] لا يصدق إلا على ما دفع إلا أنه يستلزم أن تكون القيود كلها مستدركة.

(ب) **قوله:** بطلت، أقول: هذا أحد أقوال ثلاثة في "البحر"[3]، وهو آخرها، ورد المصنف قـول مـن قال بالبطلان بأنه كما لو كان معسراً بقوله قلنا: العوض هنا ممكن فافترقا وكأن الشـارح لمـا رآه استضعف القول بالبطلان في "البحر"، صرف عبارة "الأزهار" إلى ما اختاره في الشرح من التأجيل

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٨٩) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٩٠) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٨ – ١٩) .

الشفعة أي أخرت إلى وقت العلم إن أمكن والحق[أ] أن كون ذلك مانعاً حكم شرعي بل يشفعها عند جهل أحدهما بقيمتها كما قلنا في شفعة العقد الفاسد وبقيمة [٣/٥٦١] الثمن المثلي حيث عدم جنسه ٠

وأما القول[ب] بأن تعذر المثلي يوجب بطلان الشفعة والسلم فساقط لأن الثابت على الشفيع والمستسلم فأمر غير معين فهو ثابت في الذمة بنفسه أو بقيمته لأنه دين لا عين وهو وإن كان مبيعاً ففرق بين المبيع المتعين وغير المتعين، فإن المتعين لما تعلق العقد بعينه لم يبدل إذا تلف بخلاف غير المتعين فهو شبيه بالثمن النقد في الذمة فلا يبطل البيع بعدمه فرقاً بين العدم والتلف في أن تلف المتعين يبطل البيع لا عدم غير المتعين فلا يبطله ٠

حتى يجد مثلاً وقد أصلح الفتح العبارة ونبه في شرحه على وجه العدول.

[قد تم مقابلة هذه النسخة على ثلاث نسخ صحيحة، وكان التصحيح على الجمع فليتق المطلع على صحة هذه النسخة المصححة على نسخ جملة صحيحة][1].

(أ) **قولـه:** والحق.. إلخ، أقول: في "الغيث" قيل ويحتمل أن لا تبطل ويسلم قيمة المثلى كما يسلم قيمة القيمي، وكذا ذكره الفقيه علي قال في شرح الفتح وهو يناسب ما ذكره ابن أبي الفوارس[2] فيما لو كان البيعان ذميين والثمن خمراً فشفع مسلم وجب عليه قيمة الخمر فهذا يناسب ذلك كما ذكره في "الغيث"، وهو الذي جنح إليه الشارح ولا يخفى قوته، وقوله جهل أحدهما أي الجنس والصفة وقوله بقيمتها صوابه بقيمته أي الثمن المثلى لأنه أقاسه على الشفعة في العقد الفاسد عند جهل الجنس واللازم فيه قيمة الثمن المثلى [٣/٥٦١].

(ب) **قولـه:** وأما القول بأن تعذر المثلى يوجب بطلان الشفعة والسلم فساقط، أقول: هذا بحث صحيح وكلام وجهه الذي ذكره صبيح.

---

(١) " زيادة من نسخة أخرى ٠

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٩١) ٠

وإذا بطل بالجهل والعدم المذكورين (**فيتلف**) المشتري المبيع (***أو ينتفع***) به ولا حرج عليه (**حتى يوجد**) المعدوم ويعلم المجهول فإن أحب الشفيع تتميم الشفعة بعد ذلك سلم الثمن والمشتري باقي المبيع وقيمة[أ] تالفه .

(*و*) أما إذا كان الثمن قيمياً فعلى الشفيع (***قيمة القيمي***) يوم العقد فإن اختلف المقومون فالوسط وقيل بتقويم من شاء كما إذا تنوسخ ولا جامع لأن الشفعة مع التناسخ بعقد الثمن المخصوص فيتبعه لا ما نحن فيه فالعقد واحد .

(*و*) إذا كان الثمن مؤجلاً فالشفيع عليه (***تعجيل المؤجل*** [1]) خلاف[ب] ما في "الفنون"[2] من أنه لا يجب عليه إلا ما وجب بالعقد وتقدم قول المصنف أن الأجل جزء

(أ) **قوله:** وقيمة تالفه، أقول: هكذا في "البحر" [3]وشرح "الأزهار"، وقال شارح "الفتح": ولا معنى له بل يناقض ما تقدم في "الأزهار" و"الغيث"[4]، من أنه لا ضمان ولو أتلف إلا بعد الحكم، وقد تأوله النجري في شرحه بذلك، لكن المراد بأنه حكم قبل العلم بجهل العدم وإلا لم يكن له أن يحكم معه كما ذكره الفقيهان.

(ب) **قوله:** خلاف ما في الفنون، أقول: في "الغيث" ونصره المؤيد بالله[5] واستدل المصنف للمذهب فيه وفي "البحر" بأن العقد يملك مبتدءاً موجب أن لا يثبت الأجل إلا بشرط زاد في "البحر" ولم

---

(١) وأما قوله : " وتعجيل المؤجل " (فلا وجه له لأنه صار إليه البيع بالحق الثابت له بالشرع ، فلا يلزمه المشتري ، ولا يجب عليه دفع الثمن إلا في الوقت الذي يجب على المشتري دفعه فيه .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٤٣١) .

(٢) انظر : مؤلفات الزيدية " (٢ / ٣٢٩ رقم ٢٤٣٠) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٨) .

(٤) " انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٩١ – ١٩٢) .

(٥) " شرح الأزهار " (٧ / ٩١ – ٩٢) " البحر الزخار " (٦ / ١٨ – ١٩) .

من المبيع كثيراً ما يقابل بالزيادة في الثمن فهو للشفيع وهو وجه صبيح وإيجاب التعجيل على الشفيع جور بَيِّنٌ كيف وقد قالوا أن المشتري كالوكيل للشفيع .

(**و**) على الشفيع (**غرامة زيادة فعلها المشتري**[1]) لو قال غرامة ما فعله المشتري للنماء لكفاه عن ذكر الزيادة لأنه يجب وإن لم تحصل الزيادة لكن لا يجب إلا ما فعل (**قبل الطلب**) وإلا كان متعدياً بعده لأنها استحقت بالطلب كما عرفت وقد عرفت أن الزيادة هي ما كانت (**للنماء**) ولو كالقصارة والحرث (**لا**) ما فعله (**للبقاء**) كعلف الحيوان ونحوه مما هو لحفظ الموجود من المبيع .

يرض البائع بذمته، قال عليه "المنار"[2] [و][3]لو كان مبتدأ لكان بالقيمة لا بالثمن بل ملكه على حد ملك المشتري، وأما كون البائع لم يرض بذمته فليس بلازم كما لو انتقل الدين إلى ذمة الوارث أو نحو ذلك كالحوالة على مليء بل غايته أن يطلب رهناً أو كفيلاً، فالظاهر في المسألة مع المؤيد والهادي والشافعي ومالك.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٣١ – ٧٣٢) :

ما غرمه المشتري في المبيع مما يحصل به زيادة من حرث أو غرس أو بناء ونحوها كان له الرجوع بقيمة ذلك على الشفيع لأنه فعله في ملكه قبل أن يستحق عليه بالشفعة ، وأما بعد أن يعلم أن الشفيع قد صار مطالباً بالشفعة مضيقاً في مصير المبيع إليه ، فليس له أن يفعل فيه شيئاً إلا بإذن الشفيع فإن فعل بغير إذنه والحال هكذا كان له رفع ما يمكن رفعه ، ولا يرجع بما لا يمكن رفعه وللمشتري الفوائد الحادثة في المبيع بعد البيع قبل طلب الشفيع سواء كانت أصلية أو فرعية لأنها فوائد ملكه ، فإن اختلط بما كان منها موجوداً قبل البيع كان له بقدر ما حدث بعد البيع قبل الطلب ، وإذا حصل في المبيع نقص بعد البيع قبل طلب الشفعة فإن كان بفعل المشتري أو تفريطه كان مضموناً عليه للشفيع ، وإن كان لا بفعله ولا تفريطه فليس عليه ، وذلك كرخص السعر ، والهزال بلا سبب ، والآفات السماوية ، والأمر الغالب من غيرها ، والحاصل أن المشتري لا يضمن إلا ما كان بجنايته أوتفريطه ، فإن كانت بجناية الغير على المبيع رجع عليه الشفيع بما قبضه من الجاني إن كان قد قبض الأرش منه وإلا كان للشفيع مطالبة الجاني بأرش جنايته ، هكذا ينبغي أن يقال في الزيادة والنقص .

(٢) (٢ / ٧٥ – ٧٦) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(**و**) على الشفيع للمشتري (***قيمة غرسه وبنائه وزرعه***) المفعولات قبل الطلب ويقوم كل ذلك (***قائماً***) مقدراً أن (***لا بقاء له إن تركه و***) على المشتري (***أرش نقصانها***) أي الأرض (***إن رفعه***) قالوا لأنه يجب عليه تسليمها كحالها يوم البيع وفيه نظر[أ] لأنه مأذون غير متعد بالوضع ولا بالرفع فليس كرد المعيب بل طلب الشفعة مع العلم بالنقصان كالرضى بالعيب (***أو***) إذا[ب] أحب أن لا يرفع الزرع فله (***بقاء الزرع بالأجرة***) فكان في الزرع ثلاثة خيارات أخذ قيمته أو رفعه وتسليم نقص الأرض برفعه أو بقاؤه فيها وتسليم أجرته، وأما غيره فليس فيه إلا الخياران الأولان لتطاول مدته وإضراره بالشفيع لا كالزرع لقصر مدته.

(**و**) الشفيع (***له الفوائد الأصلية***) الناشئة من ذات المبيع كالصوف واللبن والثمر، لا الفرعية كالكري ونحوه، ولكن لا يستحق الأصلية إلا إن حكم له وهي متصلة بالمبيع أو سلم المبيع طوعاً وهي فيه لأن ملكه للأصل وإن استقر بالحكم والتسليم فيما

(أ) **قوله:** وفيه نظر.. إلخ، أقول: لا يخفى قوة ما علل به النظر إلا أنه كيف يلزمه أرش النقصان وقد جاز له الإتلاف قبل الطلب، ثم إن هذا لا يتم على اختياره أنها تملك بنفس العقد، لأنه لا إذن له حينئذ بذلك، وإنما يتم على قول أهل المذهب أنها لا تستحق إلا بالطلب هذا، وقد ألم "المنار" بهذا النظر فإنه علل في "البحر"[1] لزوم الأرش بأن على المشتري تسليمها كما أخذها، فقال عليه "المنار"[2] تصرف في ملكه فلا عدوان فلا شيء عليه كما لو أتلف الجميع وقال في "المنار"[2] أيضاً وحيث استهلكه المشتري [أيضاً][3] يأخذه بحصة ما بقي فقط، انتهى.

(ب) **قوله:** وإذا أحب أن لا يرفع الزرع، أقول: صوابه وإذا رضي ببقاء الزرع لأن الأرض قد تغيبت فالمعتبر رضاه لا محبة المشتري لبقاء زرعه، ولذا قالوا: بالأجرة لأنه لا حق له في الأرض والتأجير لا يكون إلا برضى الشفيع [٣/٥٦٢].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٩) .

(٢) (٢ / ٨٠) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

كان قبلهما لم يستقر في ملكه ولا يستحقه بناء على أنه لا يعتبر الانتهاء وقد عرفناك ما فيه (**لا**) إذا صارت الفوائد (***منفصلة***) حال الحكم (***فللمشتري***) سواء كانت حاصلة حال العقد أو حصلت بعده (***إلا***) ما شملها العقد فلا يستحقها (**مع**) الشفيع (***الخليط***) لأن له شفعها بالخلطة وشمول العقد لها .

(***لكن***) المشتري وإن استحق المنفصلة مع غير الخليط فعليه أن (***يحط بحصتها من الثمن إن شملها العقد***) لأنها جزء المبيع وإنما لم يحكم بها للشفيع لأن الحكم والتسليم اللذين هما سبب استقرار ملكها لم يتعلقا بها وإنما ضمنها المشتري ضمان [٥٦٢/٣] نقص المبيع كما في قوله: (**وكذا**) يجب على المشتري حط القيمة (***في كل مما نقص***) من المبيع في يده سواء نقص (***بفعله أو فعل الغير وقد اعتاض***) من الغير عوض النقص أما لو نقص بآفة سماوية أو بفعل غيره ولم يعتض منه فلا شيء عليه.

(فصل)

(***وإنما يؤخذ المبيع***) من يد المشتري (***قسراً***) أي لا يؤخذ قسراً إلا (**بعد الحكم بها**) لأن الحكم إقباض للشفيع وإن كان باقياً في يد المشتري (***فهو***) في يد المشتري (***كالأمانة***) لصاحبها أن يقسر من هي عنده على تسليمها، فلو قال وملكه إما بالحكم فهو كالأمانة (***أو بعد التسليم والقبول باللفظ***) لا بالقبض (***فهو***) في يد المشتري (***كالمبيع***) في يد البائع يجري عليه في كل واحدة من الحالتين أحكامها[أ]

فصل وإنما يؤخذ المبيع

([أ]) **قوله:** أحكامها، أقول: فبعد الحكم يجب على المشتري تسليمه وإلا جاز للشفيع أخذه ولو قسراً، ويؤخذ من حيث وجد ويتصرف فيه قبل قبضه ولا يرجع بما غرم فيه ولو استحق، ويتلف من مال الشفيع إذا تلف قبل المطالبة، ويلزم المشتري الأجرة حيث استعمله كالأمانة.

لكان[أ] أولى على أنه لا حاجة إلى ذكر الأخذ قسراً لأنه إن أراد أنه لا يجوز للحاكم إقساره قبل الحكم فكالسماء فوقنا، وإن أراد أنه[ب] يثبت للشفيع تولي الإقسار للتمرد فولاية ذلك إنما هي للولاة ولقد كان يكفيه عن ذكر القسر قوله: (**فيؤخذ من حيث وجد ويسلمه من هو في يده وإلا فغصب إلا**) أن يحبسه ذو اليد (**لقبض الثمن**) في الشفيع .

(**ولو**) كان الحابس (**بائعاً مستوفياً**) من المشتري لأن ما سلمه المشتري ليس ثمناً في الحقيقة وإنما الثمن ما يسلمه الشفيع إن جعلنا الشفعة فسخاً، وإن جعلناها نقلاً كما قال المصنف: (**وهي هنا**) أي في حالة أخذها من يد البائع (**نقل** [1]) من ملك المشتري إلى ملك الشفيع (**لا فسخ**) لعقد المشتري (**في الأصح**) ففي حبس[ج] البائع

وأما حكمه إن كان التسليم باللفظ وقبول الشفيع فكالمبيع يتلف من مال المشتري ولا يصح تصرف الشفيع قبل قبضه، ولا يلزمه الكرى ولو استعمله على قول الوافي ويلزمه على قول المؤيد بالله.

(أ) **قوله:** لكان أولى، أقول: قد حول "الفتح "[2]العبارة فقال: وهو في يد المشتري بعد الحكم كالأمانة وبعد التسليم كالمبيع في يد البائع.

(ب) **قوله:** وإن أراد أنه يثبت للشفيع.. إلخ، أقول: هذا مراده، وهذه ولاية له على حقه خاصة ولا يضره كون الولاية إلى الولاة، وقد رجع الشارح إلى تسليم ذلك حيث قال: ولقد كان يكفيه عن ذكر القسر فإن أخذه إياه من حيث وجد إثبات ولاية له على أخذه.

(ج) **قوله:** ففي حبس البائع لها عن الشفيع بتوفية الثمن نظر، أقول: باعتبار ما عللوا به ذلك وإلا

---

(١) فلا يخفاك أن الشفعة حق للشفيع ثبت بالشرع فمصيره إليه هو بما أوجبه الشرع على المشتري من قبول حكم الله عليه فهذا هو الذي أوجب الملك للشفيع ونزعه من يد المشتري وأما التعبير بكونه نفلاً وقسماً فاصطلاح متجدد لا يحل أن يترتب عليه شيء من أحكام الشرع .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٣٢ – ٧٣٣) .

(٢) انظر " شرح الأزهار " (٧ / ١٠٧ – ١٠٨) .

لها عن الشفيع لتوفيته الثمن نظر لأنهم إنما جوزوا له الحبس تشبيهاً له بوكيل المشتري ولا يستحق الحبس إلا بتوكيل من المشتري، بخلاف ما إذا جعلناها فسخاً كما تقدم .

والأولى في تعليل حبس البائع على تقدير النقل أن الحكم أو التسليم باللفظ مشروطان بتوفير الثمن فَمَا لم يوفر الشفيع الثمن لا يستحق القبض من البائع ولا من المشتري ولا يذهب(أ) عنك أن أخذها من يد المشتري نقل بلا خلاف، ومن يد البائع قبل قبضه الثمن من المشتري فسخ بلا خلاف، وإنما الخلاف في النقل والفسخ إذا أخذت من يد البائع بعد استيفائه [الثمن][1] المشتري ومعنى(ب) النقل أن درك الشفعة وثمنها ما بين المشتري والشفيع ومعنى الفسخ أنه ما بين البائع والشفيع .

(**و**) الشفعة (**يحكم**) بها (**للموسر**) من الشفعاء (**ولو في غيبة المشتري**) لما سيأتي من جواز الحكم على الغائب لكن الحكم مشروط في الحقيقة بتمام المقتضي وعدم المانع، وأما المعسر فلا يحكم له لما عرفناك سابقاً أن صحة الحكم متوقفة على توفير الثمن ولا توفير للمعسر .

فإنه سيختار حبس البائع للعين المشفوعة، وإنما خالفهم في العلة لا في الحكم، وأدخلت العلة جواز حبس المشتري لها وكلامه صحيح، وإن لم يشترط التوفير للثمن لفظاً فإنه معلوم عقلاً وعرفاً.

(أ) **قوله:** ولا يذهب عنك.. إلخ، أقول: ذكر هذا في "الغيث".

(ب) **قوله:** ومعنى النقل، أقول: هذا وجه التفرقة بين النقل والفسخ.

---

(١) زيادة من نسخة اخرى

(**و**) للحاكم أن (**يمهل**) الشفيع بالثمن (**عشراً**[1]) وإن كان الشراء بمعجل، وقال القاسم والمؤيد[2] والفقهاء لا تجوز[أ] الزيادة على الثلاث.

(أ) **قوله:** لا تجوز الزيادة على الثلاث، أقول: استدل في "البحر"[3] على الثلاث وعلى [معنى][4] الزيادة عليها بأنها اعتبرت في مواضع كاستتابة المرتد، وقوله تعالى: ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾[5] وإذ هي أول الكثير وآخر القليل.

قلت: ولا يخفى ما في هذه الأدلة فإنه إن أريد بالاعتبار القياس فحكم الأصل غير حكم الفرع، فإن حكمه ضرب عنق المستتاب بعد الثلاث أو رجوعه، وأخذ قوم صالح الصيحة وحكم الفوز بأخذ العين المشفوعة، وإن أريد به أنه ذكر في القرآن فقد ذكر الله تعالى السبع﴿ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ﴾[6] والثمانية ﴿ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا ﴾[7] والعشرة ﴿ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾[8] والأعوام واليوم،﴿ قَالُوا لَبِثْنَا

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ١١٢) .

وقال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٣٣) :

وأما ما ذكره من أنه يمهل عشراً فهذا ليس عليه دليل ، ولا هو رأي مستقيم والذي ينبغي أن يقال إنه يمهله إن كان يحتاج في تحصيل الثمن إلى بيع شيء من أملاكه أو نحو ذلك مدة يتمكن فيها من ذلك سواء كانت أقل من العشر أو أكثر ولا تبطل شفعته إن مطل زيادة على المدة المجعولة له ، ومجرد الشرط لا يسقط حقه الثابت بالشرع إلا أن يرضى بذلك لنفسه ، وإلا فهو شرط مخالف ما يقتضه الشرع ، لكنه إذا عرف منه تعمد المطل ومضارة المشتري بعدم تسليم الثمن أجبره الحاكم على التسليم إلا أن يختار ترك الشفعة .

وأما قوله : " وللملتبس مشروطاً بالوفاء " فلا يحتاج إلى هذا الشرط ، لأنه مشروط من جهة الشرع أن يدفع الشفيع مثلما دفعه المشتري ، فإن لم يفعل فلا شفعة .

(٢) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٧ / ١١٠ – ١١١) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٤) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) [سورة هود : ٦٥] .

(٦) [سورة البقرة : ١٩٦] .

(٧) [سورة الحاقة : ٧] .

(٨) [سورة البقرة : ١٩٦] .

قلت: ينبغي أن يقيد منع الزيادة على الثلاث بالمعجل لا بالمؤجل فقد تقدم أن الحق استحقاق الشفيع للأجل (**و**) إذا مطل الشفيع بالثمن فإنها (**لا تبطل**) شفعته

يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ ﴾[1] ﴿ قَالَ بَلْ لَبِثْتَ مِائَةَ عَامٍ ﴾[2] والحولين ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[3] والأشهر ﴿ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾[4] وغير ذلك مما لا يخفى، وليس المراد من هذا التهجين على العلماء رحمهم الله، بل إيقاظ من فتح الله عين بصيرته إلى النظر وعدم التقليد، فإن المقلد يسمع كلمة من الأول الذي قلده فيجعلها كالوحي من الله تعالى، فإن الحكام معتمدون على هذه الثلاث في إبطال الحقوق وإثباتها، وهذا دليلها فإنه يقال الأخذ بعدد ذكر في القرآن دون غيره مما ذكر فيه عين التحكم الذي لا يفعله من له إلمام بقواعد علوم الإسلام.

ولذا قال المصنف في "البحر" [5] الأقرب أن ذلك موضع اجتهاد للحاكم متحرياً للتنفيس غير المضر وهو مختلف باختلاف أحوال الجهات.

قال في "المنار"[6] هذا أحسن قول في هذا ونظيره، إذ لا دليل على التقديرات فيقتصر على ما قاد إليه ضرورة الحكم المعلوم جملته، وقد تطول مدتها وقد تقصر، وهذا الذي ذكرناه أخذ بلازم الحكم إذ لو لم يعمل به لأضعنا الحكم المعلوم بدليله، فنتعبد بتمام تحصيل ذلك المعلوم، انتهى. وأما العشر فلم يجعلها الهادي حداً للإمهال بل غاية له فمراده أنه يمهل من الثلاث إلى العشر، وقد حول العبارة الأثمار بقوله ويمهل إلى عشر، قال شارحه زاد لفظ: "إلى" لتفيد العبارة أن غاية الإمهال إلى عشر ويجوز الانتصار على ما دونها بخلاف عبارة "الأزهار" فإنها توهم تحتم العشر لا دونها، قلت: ومثله في "الفتح"[7] واستدل شارح "الأثمار" لاعتبار العشر بأن الزيادة فيها مضرة على المشتري وهو كما ترى.

---

(١) [سورة المؤمنون : ١١٣] .

(٢) [سورة البقرة : ٢٥٩] .

(٣) [سورة البقرة : ٢٣٣] .

(٤) [سورة الأحقاف : ١٥] .

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ١٤) .

(٦) (٢ / ٧٦) .

(٧) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ١١٢ – ١١٣) .

(**بالمطل إلا لشرط**) شرطه هو على نفسه أو شرطه الحاكم عليه (**و**) أما من لا يعرف إيساره ولا إعساره من الشفعاء فإنه إذا طلب الحاكم الحكم له بالشفعة لم يجز للحاكم أن يحكم (**للملتبس**) حاله في اليسار والإعسار إلا حكماً (**مشروطاً بالوفاء لأجل معلوم**) ولا وجه لتخصيص الملتبس بذلك لأن المقتضي للشرط إنما هو تجويز عدم توفير الثمن وهو[أ] حاصل في الموسر بتمرد أو غيبة أو نحوهما من موانع التوفير فالحكم[ب] مشروط على كل حالة كما عرفناك .

(أ) **قوله:** وهو حاصل في الموسر، أقول: أي تجويز عدم توفير الثمن إلا أنه لا يخفى أن تجويزه في الموسر بعيد لا يخدش في الظن الحاصل بتوفيره بخلاف التجويز في الملتبس، فإنه قوي مشكك في حصول التوفير، فبين التجويزين فرق، نعم إن عرف الموسر بالتمرد أو المطل لم يحكم له إلا حكماً مشروطاً كما صرح به في شرح البحر حيث قال: إلا أن يكون معروفاً بالمطل ولا يمكن إجباره حكم له حكم مشروط بالوفاء إلى أجل معلوم.

(ب) **قوله:** فالحكم مشروط على كل حال، أقول: إلا أن بين الشرطين فرقاً فإنه في الملتبس تبطل شفعته بمضي هذه الشرطية، وفي المتمرد[1] لا تبطل بتمرده بل يجب إجباره وحبسه حتى يوفر الثمن .

واعلم أنه قد فهم من بيان حكم من يعلم إيساره أو يظن وذكر الملتبس أن من علم أو ظن إعساره أنه لا يحكم له، قال في شرح "الفتح" : لأنه بمجرده تبطل كما هو أحد قولي المؤيد بالله الأستاذ وابن أبي الفوارس[2] وأحد قولي المؤيد[2] والقاضي زيد والبيان أنه غير مبطل فيحكم له مشروطاً بالوفاء، انتهى. فقول "المنار"[3] بحثت كتب المذهب فلم يذكروا المعسر بنفي ولا إثبات غير صحيح [٥٦٣/٣].

---

(١) في نسخة أخرى : الموسر .

(٢) ذكر ذلك ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ١١٧) .

(٣) (٢ / ٧٧) .

(**و**) إذا طلب الحكم من غيره [وهو][1] أولى بها منه [٥٦٣/٣] فإنه يحكم (**للحاضر**) المذكور (**في غيبته الأولى**) بها لأن ذلك الحكم في الحقيقة مشروط بأن لا يطلبها الأولى (**ومتى حضر**) الأولى وطلبها (**حكم له وهو**) أي غير الأولى (**معه**) أي مع الأولى (**كالمشتري مع الشفيع**) فيما مر من أحكامهما .

(**و**) يحكم (**للوكيل**) بمطالبة المشتري فيها (**وإن طلب المشتري يمين الموكل الغائب في نفي التسليم أو التقصير**) ولكن الحكم موقوف ومشروط بعدم نكول الغائب .

وقال في "المنتخب"[2] لا يحكم إلا بعد اليمين، لنا أنه تحقق المقتضى والأصل عدم المانع فلا يثبت للمانع حكم إلا عند تحققه (**لا**) أن للحاكم أن يحكم (**للمعسر وإن تغيب حتى أيسر** [3]) لأن الشفعة[أ] فورية فمن لم يتمكن من ثمنها حال العقد فلا شفعة

(أ) **قوله:** لأن الشفعة فورية، أقول: هذا تعليل لبطلان شفعة المعسر بتغيبه حتى أيسر وهو تعليل عليل، إذ لم يتم على الفورية دليل ولم يعلل الشارح سقوطها أصالة على المعسر لإعساره، وعلله

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١١٧ – ١١٨) .

(٣) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٣٣ – ٧٣٤) :

قوله : : " لا للمعسر وإن تغيب حتى أيسر " .

أقول : هذا هو الحق الثابت بالشرع إذ لابد أن يكون الشفيع متمكناً من تسليم مثل الثمن ، ولا يشترط في هذا أن يكون متمكناً منه في ملكه بل إذا تمكن منه بالقرض ثبتت شفعته ، ولو كان فقيراً لا يملك شيئاً لأنه قد حصل المقصود برد مثل الثمن، ولا يجب غير ذلك .

وأما الحكم ببطلانها بمجرد الإعسار فدفع للشرع بالصدر بغير برهان .

وأما كون الحط والإبراء والإحلال من البعض يلحق العقد قبل القبض فصحيح ، لأنه لا يجب على الشفيع أن يدفع إلا ما دفعه المشتري . =

له، إلا أن الظاهر ممن طلبها أنه متمكن من ثمنها وإن عارضه ظاهر إعساره فلا تعرف

المصنف في "البحر"[1] بقوله: إن فيه إضرار بالمشتري، أي في إثبات الشفعة [للمعسر] [2]وهو عجيب حيث لوحظ إضرار المشتري ولم يلاحظ إضرار الخليط المعسر الذي جعلوا حكمة شرعية الشفعة دفع إضراره، ثم هذا تقييد للأحاديث بالغنى فإنها مطلقة الشفعة للشريك الجار أحق بصقبه، فجعلتم هذه الأحكام خاصة بالغنى، وهلا قلتم إنه يستحقها لوجود السبب ويحكم له بها بشرط الوفاء فيكون قياماً بالحقين حق الشفيع المعسر وحق المشتري، وقد جعلتم للموسر مهلة ثلاثاً فاجعلوا للمعسر ذلك فإنه يرجى له الغنى كما يخشى على الغني الفقر كما قال.

إلا أن بيت الفقر يرجى له الغنى وبيت الغنى يخشى عليه من الفقر

ولسنا نستدل بالشعر على مدعانا وإنما ما ذكره الشاعر هو الواقع في قدر الله تعالى في العباد، رب غني يعود قريباً فقيراً ورب فقير يصبح غنياً.

ثم رأيت بعد أعوام من كتب هذا كلاماً لابن حزم [3]قال: مسألة ومن وجبت له الشفعة ولا مال له لم يجب أن يمهل لكن يباع ذلك الشقص عليه، فإن وفى بالثمن فذلك، وإن فضلت فضلة دفعت إليه، وإن لم يف اتبع بالباقي وأنظر فيه إلى أن يوسر وذلك لأنه ذو مال بالشقص الواجد له، ومن كان له مال فليس ذا عسرة، لكن يباع ماله في الدين الذي عليه فإن لم يف فإنه حينئذٍ ذو عسرة بالباقي فينظر إلى ميسرة، كما قال [الله][2] تعالى، انتهى. وهو كما ترى إثبات للشفعة للمعسر كما قلناه ودليله ظاهر.

= وأما بعد القبض فوجهه أنه قد يكون ذلك المقصد خارج عن التبايع من مكارمة أو صداقة أو نحوهما، والظاهر أن ماكان راجعاً إلى ذلك العقد الواقع بينهما فهو لاحق له، وكونه بمقصد آخر خلاف الظاهر لأن كونه مضافاً إلى ثمن المبيع يوجب للشفيع مثلماً وقع للمشتري إلا أن يتقرر ببرهان شرعي أن ذلك كان لسبب آخر فله حكمه.

وأما الهبة ونحوها فلا مانع منها إذا كانت لمقصد صحيح، لا لمجرد الحيلة على الشفيع، والفرق بين ما كان بلفظ الهبة ولفظ الحط ونحوه لا يخفى أنه مجرد ملاحظة للألفاظ التي لا اعتبار بها في الشرع كما عرفناك غير مرة، فينبغي في الجميع الرجوع إلى ما يقتضه الظاهر وتوجبه المقاصد.

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٤).

(٢) زيادة من نسخة اخرى.

(٣) في "المحلى " (٩ / ٩٥).

حقيقة أحد الظاهرين إلا من جهته فيكون حينئذ كالملتبس يُحكم له حكماً مشروطاً بالوفاء لأجل معلوم وإلا فلا شفعة .

(*والحط والإبراء والإحلال من البعض*) أي: بعض الثمن لا من الكل قيل لئلا يأخذ الشفيع المبيع بلا شيء، ولحوق الثلاثة في البعض إنما يكون إذا كانت (**قبل القبض**)[أ] للثمن فإنها (**تلحق العقد**) بمعنى أن العقد يكون في الحقيقة على ما بقي فلا يلزم الشفيع إلا تسليم الباقي (**لا**) إذا حط البائع عن المشتري أو أبرأه أو أجله (**بعده**) أي بعد قبضه منه الثمن، فإن ذلك لا يلحق العقد لأن[ب] الثلاثة لا

(أ) **قوله:** قبل القبض للثمن، أقول: أحسن الشارح بالتقييد بالثمن والذي في "الغيث" وشرح "الأزهار"[1] تفسير قبلية القبض بقبض المبيع، قال شارح "الأثمار" و"الفتح" وهو وهم، بل المراد قبل قبض الثمن كما صرح به في "البحر" إذ لا تأثير لذلك في تسمية القبض من الثمن حطاً، قال النجري وقد وقع في هذا مراجعة قوية وتكرار شديد حتى قال له: قلت المذكور في الكتب الثمن كما ذكره الفقيه "ف" فما رجع بل قال المؤلف في بعض حواشي "الغيث"، هذا مشكل عليه في نسخة الأصل، وهو أن الصواب قبل قبض الثمن وهو كذا في البحر والكواكب ودل عليه كلام "اللمع" و"الزهور" وهو [الذي] [2] لا يناقض كلام "الأزهار" هنا .

وفي الفصل الثالث من أول البيع لأن المراد هناك قبل القبض للمبيع وهنا للثمن فتتفق من دون تناقض وهو مقتضى التعليل في "البحر"[3]، وكلامه في "الغيث" وهم وأنه لما يتنبه لما قد قرره في أول البيع إذ لو تنبه لم يقع هذا لأنه يناقضه ما سيأتي في الاختلاف من قوله في "الأزهار" وكونه قبل القبض، إذ المراد قبض الثمن إذ هو الذي يتعلق به الاختلاف وتظهر فائدته، وأما المبيع فلا فائدة في قبضه ولا عدمه ولا الخلاف فيه.

(ب) **قوله:** لأن الثلاثة، أقول: أي الحط والإبراء والإحلال من البعض لا يصدق اسمها إلا على ما في

---

(١) انظر " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ١٢٤ – ١٢٥) .

(٢) : زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٤) .

ينطلق اسمها على ما ليس في ذمة المشتري •

(**و**) كذا (**لا**) يلحق بالعقد (***الهبة ونحوها***) من نذر أو تمليك أو صدقة (***مطلقاً***) أي سواء كانت قبل القبض أو بعده، بناء على أن حكمها حكم القبض بخلاف الحط والإبراء، وكل ذلك[أ] محل نظر •

(**و**) إذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن كان (***القول للمشتري***[1] ***في قدر الثمن***[ب] ***وجنسه***) أما في جنسه فظاهر لأن الشفيع يبين على أنه غير ذلك الجنس، وأما القدر فلأنه لا يتمكن من البينة عليه لأنها لا تكون إلا على أنه ليس أكثر مما يدعيه، وذلك بينة على النفي لا تصح كما سيأتي •

الذمة، ولا تكون إلا قبل قبض الثمن من المعسر.

(أ) **قوله:** وكل ذلك محل النظر، أقول: لم يبين وجه النظر، وقال المصنف في "البحر"[2]: إن كان بعد القبض أو بلفظ الهبة أو التمليك فلا تلحق اتفاقاً إذ هو عقد آخر.

(ب) **قال:** في قدر الثمن، أقول: علله في "البحر"[3] بأنه المباشر للعقد فالظاهر معه ولتقرر ملكه فلا ينتقل إلا بما يقر به، قال عليه "المنار"[4]: لا يلزم من هذين أن يظهر قوله بل لا ظاهر هنا فيعمل بالبينة فإن لم ينفرد أحدهما بالبينة تحالفا وصار الثمن مجهولاً.

---

(١) ينبغي أن يكون القول قول النافي للزيادة في القدر والنافي لكون الجنس أعلى وأكثر قيمة والبينة على مدعى الأمرين وأما الجزم بأن القول للمشتري فيهما مطلقاً فخلاف الصواب ، بل خلاف قواعدهم المألوفة في غير هذا الباب ، ومعلوم أن الشفيع لا يقع منه إنكار أصل الثمن ، ولا إنكار كونه على جنس من الأجناس إنما يقع منه إنكار الزيادة والنفاسة ونحوهما •

وأما كون القول قوله في نفي السبب فصحيح ، لأن الأصل عدمه ، وهكذا القول له في إنكار اتصاله بالمبيع أي كونه سبباً يصح له التشافع على ما قدمنا •

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢/ ٧٣٤) •

(٢) " البحر الزخار " (٤/ ٢٧) •

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٢٧) •

(٤) (٢ / ٧٨) •

فالقياس أن يكون القول قوله في القدر وقول المشتري في الجنس، سواء كان الاختلاف قبل قبض الشفيع أو بعده لما قدمنا لك في اختلاف البائع والمشتري في جنس الثمن من أن الحق كون القول قول البائع في جنس الثمن ولو بعد قبض المشتري.

(و) أما أن القول للمشتري في (**نفي السبب**) فظاهر (و) لا حاجة إلى ذكر (**ملكه**) لأن السبب يرادف الملك .

(و) كذا القول قول المشتري في نفي (**العذر في التراخي**) والبينة على الشفيع بالعذر (و) كذا القول للمشتري في نفي (**الحط**) من الثمن (و) في نفي (**كونه قبل القبض**) بعد التصادق على وقوعه في الجملة، واختلفا بعد القبض أيضاً لأنه يحكم للحط بأقرب وقت وهو ما بعد القبض .

(و) القول (**للشفيع في قيمة الثمن العرض**) القيمي، وقال أبو حنيفة[1] وقول للمؤيد[2] القول قول المشتري، قلنا تكون البينة على نفي الزيادة ولا تصح .

وأما تقييده بوصف (**التالف**) فقال المصنف لأنه لو كان باقياً لرجع إلى تقويمه وفيه نظر، لأن اللازم إنما هو قيمته يوم العقد لا يوم التشاجر فربما تغيرت، وأيضاً قد تقدم اختياره أن للشفيع الشفعة بتقويم من شاء .

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٣٧٤ – ٣٧٥) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١٢٦) .

وإنما رجحنا الوسط (**و**) إذا قال المشتري اشتريت صفقتين ونفى ذلك الشفيع كان القول قول الشفيع في (***نفـي الصفقتين***) إذا وقع لفـظ الصـفقتين (**بعد**)[أ] قـول المشتري (***اشتريتهما***) حالاً مقيدة للفصل المتعلق بالمبيعين لأن الظاهر أن تعلق المعنى واحد كتعلق اللفظ، وفيه نظر فإن الفعل مطلق ولا دلالة للمطلق على المقيد كما لا يدل ضربت زيداً وعمراً على أنه ضربهما ضرباً واحداً، بل الظاهر فيما تعدد [٣/٥٦٤] فيه متعلق الفعل تعدد التعلق .

(***وإذا***) اشترى رجلان دارين و(***تداعيا الشفعة***) كل واحد يقول هو شافع لدار صاحبه لأن شراءه متقدم على شرائه (**حكم للمبين**) بالتقدم ولا حاجة إلى قولـه (***ثم الأول***) لأن المبين بالتقدم هو الأول (**ثم**) إذا كان أحدهما مؤرخاً لشرائه والآخر غـير

(أ) **قولـه:** بعد قوله اشتريتهما، أقول: هذا القول في "البحـر"[١] للـهادي والمؤيـد بـالله، وعللـه بأن قوله اشتريتهما يقتضي وجوب الشفعة، وقوله صـفقتين دعـوى لسـقوطها فيـبين عليهـا، ثم قال المصنف: إن وصل قوله صفقتين بقوله اشتريتهما فالقول له بلا مرية إذ لا يحكـم بمقتضـى الجملة حتى تتم وينقطع القول كما لو قدم لفظ صفقتين وقال صـفقتين اشـتريتهما، قـال عليـه "المنار"[٢]: هذا هو الذي لا ينبغي أن يمتري فيه ولكنهم يناقضون كثيراً، وقد نبهنا عليـه مـراراً في الدعاوي وغيرها.

قلت: وهو الذي جنح إليه الشارح أولاً، ثم قال: فيه نظر لأن الفعل مطلق يقال عليه بعد أن قيده لم يبق مطلق فتأمل [٣/٥٦٤].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٢٨) .

(٢) (٢ / ٨٤ – ٨٥) .

مؤرخ كان (*المؤرخ*) أقدم حملاً للمطلق على أقرب وقت وفيه النظر[أ] الذي ما زلنــا نعرفك هو من أن المطلق لا يدل على المقيد (*ثـم*) إذا كانتا مؤرختين بوقــت واحــد أو مطلقتين فإن الشفعة (*تبطل* [1]) على كل واحد فيستقر لكل واحد ما شراه.

(أ) **قولـه:** وفيه النظر، أقول: هو كما قال بأن حمل المطلق على أقرب وقت تقييد له بلا دليـــل إلا أن يقال: دليله أن الأصل عدم العقد فإذا وقع فالأصل قرب وقوعه عملاً بالبراءة في تقدمه فليتأمل.

---

(١) وأما قوله " ثم يبطل " فلا وجه به بل ينبغي أن يقال إن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فإذا لم توجــد البينــة حلف كل واحد منهما على نفي دعوى الآخر ، فيكون ثبوت كل واحد منهما على ما تحت يــده بهــذه الطريقــة لابمجرد الحكم بالبطلان بادئ بدء .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٣٥) .

كتاب (الإجارة)[أ]

(أ) **كتاب الإجارة:** أقول: بكسر الهمزة وحكى ضمها وفتحها لغة، ولها تعريفات كثيرة ففي "البحر"[1]: أنها عقد على عين لمنفعة مباحة مقومة، وفي "الغيث"[2]: عقد على منافع مخصوصة بعوض مخصوص، وفي شرح الإرشاد: عقد يفيد ملك منفعة مخصوصة إلى غاية معلومة بعوض معلوم ثابت لذي العقد، وعرفها في الأثمار: بأنها عقد بإيجاب بلفظها أو ما في معناه على منفعة مقومة مولاه مقدورة غير واجبة ولا محظورة غالباً، وأطال شرحه في بيان فوائد القيود فراجعه، و"للفتح" تعريف قريب منه.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٢٨) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١٢٣ – ١٢٤) .

(**فصل تصح**) أي: تنعقد(أ) وتلزم خلافاً فالحسن والأصم[1] وابن علية والفاساني والنهرواني وابن كيسان لنا قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ (ب) لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[2]

(أ) **قوله:** أي تنعقد وتلزم، أقول: الصحة في العقود كما في الفصول تترتب ثمراتها عليها المقصودة منها، وتقدم للشارح أنها عند الفقهاء عبارة عن ترتب المقصود منه عليه، فتفسيره لها بالانعقاد واللزوم لا يوافق ذلك، وكأنه فسره بهذا ليتم له إرجاع خلاف المخالفين إلى ذلك بناء على أنه محل النزاع، إلا أن الذي في شرح "الأثمار" أنه روى عمن ذكر الخلاف في صحة الإجارة مطلقاً، ومثله في "البحر "[3]وفي "نهاية المجتهد "[4] حكى عنهم منعها، والقول بأن عقدها جائز غير لازم، قول ابن سريج وحده.

نعم وقد حمل قول الأولين على ذلك لا أنهم أنكروا صحتها إذ لا يبعد كون صحتها مما علم من الدين ضرورة كالبيع وبه تعرف أن الشارح بنى خلافهم على ذلك التأويل، واختار هنا كلام المخالفين وعمدتهم أنها بيع معدوم فلا يصح، وقد سلف له صحة بيع المعدوم مراراً فهذا تناقض.

وإذا عرفت أن عمدتهم عدم صحة بيع المعدوم فلا يصح حمل كلامهم على أنهم لا يقولون بصحتها وإنما يخالفون في لزوم عقدها، كما تأوله من تأول وبنى عليه الشارح في حمل كلامهم عليه، ولا يخفى أنه كان عليه أن يقول في صدر كلامه في تفسير الصحة وتنعقد اتفاقاً ويلزم خلافاً.. إلخ، ليتعين محل النزاع.

(ب) **قوله:** فإن أرضعن لكم، أقول: قال الأسنوي الآية إنما تدل على لزوم الأجرة لا صحة العقد، وردّه في شرح الإرشاد بأن الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب الأجرة وإنما يوجبها ظاهر العقد فيتعين.

---

(١) انظر : " المغني " لابن قدامة (٨ / ٦) " البحر الزخار " (٤ / ٢٩) .

(٢) [سورة الطلاق : ٦] .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٢٩) .

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٢١) .

﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[1]﴿ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾[2] وشرع من قبلنا [3] لازم لنا ما لم ينسخ، وما أخرجه البخاري[4] وغيره[5] من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " ثلاثة أنا خصمهم -فذكر أحدهم- رجلاً استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره".

وبالجملة هي: من الحاجيات[أ] وربما بلغت الضروريات فإنكارها مكابرة.

وأجيب: بأن النزاع في لزوم عقدها لأنها بيع معدوم ولا يلزم عقده، وإن جاز الدخول فيه كالبيع الفاسد لا يلزم المضي فيه وإن جاز الدخول فيه.

والأدلة المذكورة بمعزل عن الدلالة على اللزوم، قلنا: الإجماع على لزوم الصحة، قالوا لا يدل على اللزوم إلا إلزامهم[ب] العاقد وإكراهه على إتمامها ولا يصح عن أحد من

(أ) **قوله:** من الحاجيات، أقول: في شرح "الإرشاد" وذلك لأنه ليس لكل أحد ما يحتاجه من مركوب ونحوه، فجوزت لذلك كما يجوز بيع الأعيان.

(ب) **قوله:** إلا إلزامهم العاقد، أقول: أي إلزام أهل الإجماع العاقد للإجارة على تمامها ولم يقع ذلك منهم، بل الواقع إقرارهم على مجرد الدخول فيها.

قد يقال: قد علم من دخولهم فيها وإتمامهم لما دخلوا فيه، ولم نعلم أن أحداً منهم دخل في عقدها ولم يتم ما التزم، والأصل اللزوم لأنه الذي تحقق منهم غايته أن عدمه لا دليل عليه، وأيضاً فظاهر

---

(١) [سورة القصص : ٢٧] .

(٢) [سورة الكهف : ٧٧] .

(٣) تقدم توضيحه .

(٤) في صحيحه رقم (٢٢٢٧) .

(٥) كأحمد في " المسند (٢ / ٣٥٨) .

وهو حديث صحيح .

السلف، إلا مجرد دخولهم فيها كما آجر علي عليه السلام نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة جَلِدَة[أ] "أحمد[1]" من حديث علي نفسه بسند جيد ورواه ابن ماجه بسند

قول شعيب لموسى عليهما السلام﴿فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾[2][الآية][3]يدل على تمام ثمان حجج لازم للعقد عليها،وإنما خيره في إتمام العشر فدل على أن عقدها يلزمه التمام إلا أن يريد العاقد تخيير الأجير كان له ذلك،فالحق مع الجمهور إذ شرع من قبلنا شرع لنا كما عرف في الأصول،وزيادة قولهم مالم ينسخ زيادة لاغية إذ لو نسخ من شرعنا لم يبق شرعاً لنا فضلاً عن غيره.

(أ) **قوله:** جلدة بفتح الجيم وكسر اللام أي: يابسة جيدة.

---

(١) أخرجه أحمد (١٥ / ١٢٢ رقم ٣٩٢ – الفتح الرباني) من حديث علي بإسناد جيد : " أنه آجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة " .

وهو من رواية مجاهد عن علي ، ومجاهد لم يسمع من علي كما جزم به يحيى بن معين وأبو زرعة .

والحديث ذكره الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ٩٧) وقال : رجاله رجال الصحيح إلا أن مجاهداً لم يسمع من علي .

وقال ابن الملقن : وهو من رواية مجاهد عنه – يعني علياً – وهو منقطع وكذا ضعف إسناده أحمد شاكر في تعليقه على المسند رقم (٦٨٧ ، ١١٣٥) لانقطاعه بين مجاهد وعلي .

انظر : " تلخيص الحبير " (٣ / ١٣٤) .

وما أخرجه ابن ماجه (٢ / ٨١٨ رقم ٢٤٤٧) مختصراً . وصحح ابن السكن إسناده قاله ابن حجر في " التلخيص " (٣ / ١٣٤) .

قلت : رجاله ثقات ، لكن أبا إسحاق وهو عمرو بن عبيد الله السبيعي مدلس ، وقد رواه بالعنعنة .

وهو حديث ضعيف جداً انظر : " الإرواء " (٥ / ٣١٣ – ٣١٥) .

وأخرجه ابن ماجه (٢ / ٨١٨ رقم ٢٤٤٦) والبيهقي (٦ / ١١٩) من حديث ابن عباس وفيه حنش رواية عن عكرمة عنه .

قال أحمد : متروك ، وقال أبو زرعة وابن معين : ضعيف .

وقال البخاري : لا يكتب حديثه . وقال النسائي : ليس بثقة ، وقال السعدي : أحاديثه منكرة جداً .

وقال الدارقطني : متروك . انظر " الميزان " (١ / ٥٤٦) .

وهو حديث ضعيف جداً .

(٢) [سورة القصص : ٢٧] .

(٣) زيادة من نسخة اخرى .

صححه ابن السكن، وله شاهد من حديث ابن عباس رضي الله عنه عند ابن ماجه والبيهقي بسند فيه حنش عن عكرمة وهما مختلف فيهما[أ] وفيه أن عدد التمر سبع عشرة تمرة.

قلنا: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾، قالوا أبيتم الوفاء ببيع المعدوم وغيره من الشروط فلا تنفعكم الآية بعد ذلك، لأنه كثر تخصيصها فبطل[ب] عمومها كما تقدم مثله في غير موضع، وإنما تصح بشروط (في) المنتفع به وفي المنفعة.

(أ) **قوله:** وهما مختلف فيهما، أقول: أي في حنش وعكرمة، قال في "التلخيص"[1]: وهو ضعيف، وفي "الميزان"[2] للذهبي حسين بن قيس الرحبي الواسطي أبو علي ولقبه حنش سمع عكرمة وعطاء قال أحمد متروك، وقال ابن معين وأبو زرعة ضعيف، وقال الدارقطني متروك، انتهى. وأما عكرمة فإنه أخرج له البخاري وأطال ابن حجر في مقدمة الفتح[3] ترجمته ولم يقل أحد أنه متروك، فما كان للشارح أن يسوي بينه وبين عكرمة، ومن العجائب أن حنشاً هذا هو الذي تصحف على الشارح في الزكاة وظنه حسناً، وأنه تحسين للحديث الذي رواه، وقد نبهنا في كتاب الزكاة على هذا فتذكر.

(ب) **قوله:** فبطل عمومها، أقول: ليس هذا مذهب أهل المذهب في العام فمذهب الجماهير. فيه أنه بعد تخصيصه دليل ظني كما كان قبله، إلا أنه صار بعده مجازاً من إطلاق الكل على الجزء بقرينة التخصيص، سواء كثر المخصص أو قل، فإن بطل العموم لم يبطل الاستدلال، ثم في غير الآية مندوحة لو بطل الاستدلال بها.

---

(1) (٣ / ١٣٤).

(2) (١ / ٥٤٦).

(3) (ص ٤٢٥ – ٤٣٠).

أما في المنتفع به فشرطه أن يكون من (**ما يمكن الانتفاع به**) حالاً أو مالا لصحة عقدها على مستقبل كعليٍّ حجٌّ عامٍ قابل إذ الإجارة بيع منفعة فما لم يكن الانتفاع بـــه لا يوجد المبيع نفسه فيكون البيع باطلاً .

ويشترط أن يكون الانتفاع به أيضاً (**مع بقاء عينه**) بناء على أن[أ] البيع لا ينعقد بلفظ الإجارة لأن تقييدها بالمدة من لوازمها المنافية للازم البيع وهـــو الإطـــلاق وتنـــافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات (**و**) لا يكفي بقاء عينه بل لا بـــد مـــن بقـــاء (**نماء أصله** [1]) فلا يصح استئجار الثمرة للانتفاع بثمرها ولا الشاة للانتفاع بصـــوفها، لأن

(أ) **قوله:** بناء على أن المبيع، أقول: لا يظهر بناؤه على ذلك ثم الكلام في عقد الإجارة، نعم الخـــلاف هل تنعقد بلفظ البيع والبيع بلفظها؟ ففي شرح الأثمار اختلف في انعقادها بلفظ البيع نحـــو بعتـــك منافع هذه العين بكذا، فعلى تخريج أبي العباس[2] وأبي طالب لنعقد بذلك كالصرف والسلم وإن لم ينعقد البيع بلفظها، وقواه في "البحر"[3] وقال الإمام يحيى: لا تنعقد بذلك لاختلاف حكمها وهـــو ظاهر مذهب[4] الشافعي على ما ذكره في الإرشاد وشرحه، قال في شرحه: فأمـــا عـــدم انعقادهـــا بقولك بعتك منفعتها فلأن البيع موضوع لملك الأعيان ولا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيـــع بلفظ الإجارة .

وفي "المنار"[5]الظاهر أن مرادهم بهذا الكلام ونحوه في عدة مواضع أن ذلك اللفظ كالبيع هنا لا يدل دلالة ظاهرة على كمال المعنى المراد، وإلا فما دل كذلك على المعنى المراد يصح العقـــد بـــه إلى أن قال: وإنما المعتبر من الدلالات ما ظهر منها مهما أمكن، ولذا لا يحمل على المجاز مع إمكان الحقيقة.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٣٩) فلا يدري ماهو الموجب لهذا الاشتراط ، ولا يثبت ما يمنع منـــه من شرع ، ولا عقل ، فاستئجار الشجرة للانتفاع بثمرها ، واستئجار الحيوان للانتفاع بما يخرج منه من صـــوف ولـــبن جائز صحيح ، ومن ادعى خلاف هذا فعليه الدليل .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١٢٦ – ١٣٧) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٣٠) .

(٤) " البيان " للعمراني (٧ / ٢٩٥ – ٢٩٦) .

(٥) (٢ / ٨٦) .

ذلك استهلاك أعيان لا منافع على أنه لو كان بيعاً لما صح لأنه بيع عين معدومة حال العقد، وقد تقدم عدم جواز بيع الثمر على الشجر مع وجوده فضلاً عن جوازه مع عدمه ولا حاجة إلى ذكر الأصل، بل لو قال ونمائها أو نمائه ليكون الضمير لما يمكن أو لعينه لكان[أ] أولى، ثم الإجارة لا تمنعها الشركة في المستأجر بل للشريك أن يؤجر نصيبه (**ولو**) كان (**مشاعاً**) أما لو أجر الشريكان كلاهما من واحد أو الشريك من شريكه فاتفاقاً، وأما إذا أجر الشريك نصيبه من غير شريكه فقال أبو حنيفة وزفر لا يصح لعدم تمكن المستأجر من الانتفاع عقيب العقد، ورد بأن الانتفاع عقب العقد ليس من [٥٦٥/٣] موجب البيع ولا الإجارة، وكيف لا وقد صح بيع النصيب في العين المشتركة مع وجود ما يتخيل مانعاً فيها .

(أ) **قوله:** لكان أولى أقول: لأن الكلام في الاحتراز عن [٥٦٥/٣] استئجار الأشجار للانتفاع بالأثمار، فذكر نماء المنتفع به أولى من نماء أصله، لأنه المراد بالبحث وحذف في "الأثمار" قوله مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ونماء أصله ولو مشاعاً، لأن ذلك قد فهم من قوله على منفعة ولأن الذي لا يمكن الانتفاع به إذا استؤجر عليه فقد عقدت الإجارة على غير منفعة، وكذا الذي لا يمكن الانتفاع به، إلا مع إتلاف عينه، وقد دخل في ذلك معنى قوله ونماء أصله، لأن الذي لا يمكن الانتفاع به إلا مع إتلاف نماء أصله كالتمر ليس بمنفعة إذ التمر أعيان وكذا دخل معنى المشاع في العموم.

(**و**) أما (**في**) المنفعة فشرطها أن تكون (**منفعة مقدورة**[أ] **للأجير**) لأن العقد[ب] سبب تكليف بفعل ويمتنع تكليف ما لا يطاق عقلاً وشرعاً، وأن تكون المنفعة (**غير واجبة عليه**) أي على الأجير لا عيناً ولا كفاية، وقيل لا يحرم، لنا حديث أبي ابن كعب عند ابن ماجه[١] والروياني في" مسنده"[٢] والبيهقي[٣] أنه علَّم رجلاً القرآن أو

(أ) **قوله:** مقدورة، أقول: زاد في الأثمار مقومة، قال شارحه أخرج المنفعة التي لا يعقد عليها لحقارتها كتأجير تفاحة للشم؛ فإنه لا يصح عقد الإجارة على نحو ذلك كما تقدم في البيع، قلت: ومثله في "الفتح" وشرحه، وعلل المنع عن ذلك في "شرح المنهاج"[٤] بأنها لا تقصد التفاحة للشم، انتهى. قال الرافعي[٥]: الوجه الصحة لأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين، انتهى. قلت: وكلام الرافعي حسن.

(ب) **قوله:** لأن العقد سبب تكليف بفعل، أقول: علله في شرح "الأثمار" بأنها إذا لم تكن مقدورة صارت الإجارة كبيع ما يتعذر تسليمه، فيدخل في ذلك ما يتعذر تسليمه لمانع شرعي كاستئجار الحائض لكنس المسجد ونساخة المصحف حال حيضها ونحو ذلك.

---

(١) في " السنن " رقم (٢١٥٨) .

قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ١٦٥) : " هذا إسناد مضطرب ، قاله الذهبي في ترجمة عبد الرحمن بن مسلم ، وقال العلائي في " المراسيل " عطية بن قيس عن أبي بن كعب مرسل .

قلت : أي البوصيري : رواه البيهقي في سننه الكبرى من طريق محمد بن أبي بكر عن يحيى بن سعيد ، به . وله شاهد من حديث عبادة بن الصامت رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما " اهـ .

وخلاصة القول أن الحديث صحيح لغيره . والله أعلم .

(٢) مسند الروياني (٣ / ٣٢ رقم ١٨ – المستدرك من النصوص الساقطة) قال الحافظ المقدسي في " المختارة "(٤ / ٢٢ – ٢٣ رقم ١٢٥٣) : " ذكر شيخنا أبو الفرج ابن الجوزي في كتاب " الضعفاء " عبد الرحمن ابن أبي مسلم ، عن عطية : ضعيف ، ولم ينسب ذلك إلى أحد " اهـ .

(٣) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٢٦) .

(٤) (٥ / ٣٢٠ – ٣٢١) .

(٥) في " شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير " (٦ / ٨٩) .

شيئاً منه فأهدى(أ) له قوساً، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم:" إن أخذها أخذت

(أ) **قولـه:** فأهدى له قوساً، أقول: في رواته المغيرة بن زياد[1] مختلف فيه، واستنكر أحمد[2] حديثه وفيه أيضاً الأسود بن ثعلبة وفيه مقال، فلا يعارض به الحديث الثابت، ثم لا يخفى أن الكـلام في عقـد الإجارة، وإما هذا فإنما هو هدية في مقابل تعليم القرآن فليس من محل النزاع إلا أن يقال إذا حـرم قبول الهدية التي تبرع بها مهديها فبالأولى حرمة الأجرة، ثم هذا ظاهر في تحريم ذلك سـواء كـان التعليم للقدر الواجب أو غيره.

فأهل المذهب يقيدون التحريم للأجرة إذا كانت في مقابلة التعليم للقدر الواجب، والشارح مستدل لهم ولعله يقول إذ حرم أخذها على غير القدر الواجب فبالأولى تحريم أجرة الواجب ويكون الدليل أعم من مدعى أهل المذهب .

وعلل في "المنار"[3] تحريم الأجرة: بأن تبليغ الكتاب والسنة واجب والواجب يتعين فعلـه لوجهـه، فأكل المال في مقابله يكون باطلاً فلا تصح الإجارة، ومثله الحرام لأنه ممنوع منه على كل حال.

قلت: في كون تحفيظ القرآن وتعليمه من باب التبليغ تأمل إذ التبليغ لا يستلزم التحفيظ، فـالأجرة في مقابلته لا في مقابلة البلاغ، على أنه قد يكون ذلك بعد حصول البلاغ، والحاصـل أن الـبلاغ والإبلاغ هو الإيصال كما في القاموس وهو غير التعليم، فإنه تحفيظ الألفاظ، وقد كان رسـول الله صلى الله عليه وآله وسلم يخطب ويقول: " هل بلغت"[4] فيجعل نفس إملائه للخطبة إبلاغاً، قـال: ومعارضة حديث عبادة هذا بحديث الرقية لا معنى له، لأن الرقية غير واجبة ولا مـانع مـن أخـذ الأجرة عليها، فهي جارية على القياس .

---

(١) انظـر : " التـاريخ الكـبير " (٤ / ١ / ٣٢٦) و " الجـرح والتعـديل " (٤ / ٢٢٢١) " التقريـب " (٢ / ٢٨٦) .

(٢) انظر : " العلل رواية عبد الله بن أحمد " رقـم (٨١٥ ، ٨٣٥ ، ١٥٠١ ، ٣٦١ ، ٤٠٠٩) والعلـل روايـة المروزي (٨٤) و رواية الميموني (٣٩٥) .

(٣) (٢ / ٨٦) .

(٤) تقدم وهو جزء حديث صحيح .

هذاومن الأدلة على الجواز حديث [1]الذي زوجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المرأة بما معه من القرآن، ورده "المنار"[2] من ثلاث جهات: الأولى: أنها قضية لا ظاهر لها، ثانيها: احتمال الخصوصية، ثالثها: أنه لم يسم لها مهراً، إلا أنه جعل القرآن مهراً وجعل هذا الوجه الأظهر، وأطال في بيانه بشيء يتعلق بالرواية بالمعنى، وقد سلف له نظيره في مسح الرأس ولم يرجح عندنا ما قاله وقد بينا بطلانه هنالك، وكان الأقرب في التأويل الحكم بالخصوصية، لما أخرجه سعيد بن منصور[3] عن أبي النعمان الأزدي زَوَّجَ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم امرأة على سور من القرآن، ثم قال: لا يكون لأحد بعدك مهراً، انتهى. وفيه تأمل فإن الخصوصية جعله صلى الله عليه وآله وسلم القرآن مهراً فهي مزوجة بمهر فلا يتم النفي، وكأنه أراد بلا مهر مالي فنفى الأعم وأراد به الأخص، ولا يتم ذلك بل ظاهر الأحاديث أن تعليم القرآن نفس المهر.

قلت: ووجه الخصوصية أنها وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فكما أن له أن يتزوجها بلا مهر فله أن يزوجها كذلك، بدليل أنه لم يرد مؤاذنتها لها في نفسها ولم يذكر في المنار حديث: " أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله " أخرجه البخاري[4] ولفظه: " أخذتم " ولعله يقول: المراد بالأجر الثواب الأخروي جمعاً بين الأحاديث لا الأجرة على تلاوته أو على الرقية به، ثم رأيت هذا الوجه في "فتح الباري"[5] إلا أنه قال الحافظ ابن حجر: إن السياق يأباه وهو كما قال، وفي الإرشاد وشرحه الإمداد: أنه يجوز التأجير على تعليم القرآن وإن تعين على الأجير، قال الرافعي[6]: لأنه غير مقصود بفعله حتى يقع عنه ولا يضر تعينه عليه كالمضطر، فإنه يتعين طعامه مع تغريمه البدل، انتهى.

قلت: كأنه يريد بغير مقصود بفعله أن المعلم اسم فاعل لم يقصد بالتعليم أداء الواجب عليه من تعليم غيره، بل قصد الأجرة وأداء الواجب لا يكون إلا بنية أدائه، وإلا لم يفعل الواجب ويؤخذ منه أنه لو قصد أداء ما يجب حرمت الأجرة وقد ذكر المنار هذا المعنى عنهم في الجهاد.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٥٨٧) ومسلم رقم (٧٧ / ١٤٢٥) .

(٢) (٢ / ٩٥ – ٩٦) . (٣) في " سننه " (١ / ١٧٦) . (٤) في صحيحه رقم (٥٧٣٧).

(٥) (٩ / ٢١٢) ٢١٣) . (٦) في " شرح الوجيز " (٦ / ١٠٧) .

قوساً من النار"وله طرق منها عند أحمد[1] وأبي داود[2] من حديث عبادة بن الصامت مثله .

ومنها عند الحاكم[3] والبزار[4] من حديث معاذ .

ومنها عند الدارمي[5] بسند على شرط مسلم من حديث أبي الدرداء .

قالوا: لا يخلو كل منها عن علة فلا يعارض ما في الصحيحين من حديث ابن عباس[6] رضي الله عنه مرفوعاً: " أحق ما اتخذتم عليه أجراً كتاب الله "، وحديث أبي سعيد فيهما في قصة الذي لدغ فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يرقوه إلا بالأجرة، فرقاه بعضهم بالفاتحة فشفي، فقال لهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم مثل ذلك، وعلل المصنف اشتراط ذلك بأن الأجرة على ما يجب عليه رشوة والرشوة محرمة وهي علة قاصرة لا توجد إلا حيث تكون المنفعة الواجبة على الأجير حقاً عليه للمستأجر لأن[أ] حقيقة الرشوة استخراج ما هو لك بما هو لك وإلا كانت براً ومعاونة على الواجب

(أ) **قوله:** لأن حقيقة الرشوة استخراج ما هو لك بما هو لك، أقول: في تعريف

---

(١) في " المسند " (٥ / ٣٢٤) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٤١٧) من طريق بقية بن الوليد عن بشر بن عبد الله ، به .

قلت : وأخرجه ابن ماجه رقم (٢١٥٧) والطبراني في " مسند الشاميين " رقم (٢٢٣٧) والحاكم في " المستدرك " (٣ / ٣٥٦) والبخاري في " التاريخ الكبير " (١ / ٤٤٤) وهو حديث صحيح .

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٤ / ١٤) .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٤ / ١٤) .

(٥) قال الحافظ في " التلخيص " (٤ / ١٤) : " .... ورواه الدارمي بسند على شرط مسلم من حديث أبي الدرداء ، لكن شيخه عبد الرحمن بن يحيى بن إسماعيل لم يخرج له مسلم ، وقال : فيه أبو حاتم : ما به بأس ، وقال دحيم : حديث أبي الدرداء في هذا ليس له أصل " اهـ .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٥٧٣٧) والبغوي في " شرح السنة " رقم (٢١٨٧) والبيهقي (٦ / ١٤٢) والدارقطني (٣ / ٦٥ رقم ٢٤٧ ، ٢٤٨) .

لا رشوة لما ذكرنا ولا إجارة، لأن معنى الإجارة عقد لمنفعة لا يستحقها المستأجر إلا بالعقد، فأما حيث لا منفعة للمستأجر فأبعد من أن يسمى ابتغاؤه بالعوض إجارة، فلو قال[أ] غير واجبة للمستأجر لكان هو الصواب على أنه سيأتي في الشهادة تجويزهم أخذ الشاهد أجرة الخروج لأدائها إلى حيث يجب الخروج عليه، مع أنهم شبهوها بالوديعة لما فيها من حفظ حق المشهود له وسيأتي[ب] هناك إن شاء الله ما إذا عطفته على ما هنا زادك بصيرة.

المناوى[1] [أن][2] الرشوة ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل، ولا يخفى أن هذا هو الموافق لذمها ولعن[3] الراشي والمرتشي، وأما من يستخرج حقاً هو ثابت له بمال من ملكه فلا يعد راشياً ولا يدخل تحت اللعنة ولا تشمله، وإنما القابض لما يعطاه لأجل استخراج الحق هو الآثم، لأنه يجب عليه استخراج الحق، فالذي قبضه حرام في مقابلة فعله الواجب، وقد قيل إنه لا يحل لصاحب الحق أن يعطيه لأنه إعانة له على الإثم، وهذا فيه نظر لا يخفى.

(أ) **قوله:** فلو قال غير واجبة للمستأجر، أقول: هذا مراده، فإن الأذان فرض كفاية مثلاً يجب على كلٍ فعله، فمن أخذ الأجرة عليه فقد أخذها على ما يجب على المستأجر إذ المستأجر أحد من تجب عليه، وأما في فرض العين فهو واضح.

(ب) **قوله:** وسيأتي إلى قوله زادك بصيرة، أقول: الذي يأتي له أن تجويزهم لذلك ينبي على صحة الفرق بين الواجب الأصلي وبين ما لا يتم الواجب إلا به في جواز أخذها على الثاني لا الأول ولا صحة، وإنما الحق الفرق بين الخروج مع خشية الفوت والخروج مع عدمه في أنها تطيب في الثاني فقط، لأنه لم يتحقق فيه وجوب الخروج هذا كلامه، وهو تقرير لعدم وجوبها على المستأجر.

---

(١) " التوقيف على مهمات التعاريف " (ص ٢٦٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) أخرج أحمد (٢ / ٣٨٧ ، ٣٨٨) والترمذي رقم (١٣٣٦) وابن الجارود رقم (٥٨٥) والحاكم (٤ / ١٠٣) والخطيب في" التاريخ " (١٠ / ٢٥٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لعنة الله على الراشي والمرتشي في الحكم . وهو حديث صحيح .

نعم: ربما يُدعى تحريم أخذ الثواب على واجب لا حق للمثيب فيه معللاً بأنه شرك ينافي الإخلاص، ولكن لا مدخل له في بحث الإجارة، ولأنه لا ينتهض دليل التحريم لما يعارضه[أ] قوله تعالى﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾[1]يريد جمع قصد الحج

(أ) **قولـه:** لما يعارضه.. إلخ، أقول: هذا الكلام في غير محل النزاع فإن الكلام في عقد الإجارة بين العبيد وفيما يأخذه العبد من أخيه على ما يجب عليه، لا فيما يفعله العبد من الطاعات التي يرجو بها الإثابة من بارئ البريات في الدنيا والآخرة، وكأنه مراده بقوله ولكن لا مدخل له في بحث الإجارة، ثم الكلام في عقد الإجارة وليس بين العبد وربه عقد إجارة، وإن أراد أنه يقاس فعل المخلوق على فعل الخالق في الإثابة على غير الواجب فغير صحيح.

نعم هذا الذي تعرض لذكره الشارح بحث آخر وهو أن فعل القربة لا ينافيه إرادة حظ دنيوي، وأما الآية فهي في ابتغاء فضل الرب تعالى وابتغاء فضله طاعة أيضاً، وأما صلاة الحاجة[2] ففي حديثها مقال على أنها طلب للحاجة من الله بواسطة هذه العبادة، وطلب الحاجة من الله عبادة تقدم بين يدي دعائه أن يقدر الله له الخير ويصرف عنه خلافه، فهو دعاء لله تعالى، فما هي عبادة الدنيا بل لطلب خيرها من الله تعالى وهو مأمور به، بل علم الله عباده أن يقولوا: ﴿رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً ﴾[3] فقد علمهم طلبهم لحسن الدنيا قبل حسن الآخرة [٣/٥٦٥] بل قدمه نوح نبي الله قال: ﴿ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا ﴾[4]الآية، فأمرهم بالاستغفار لينالوا خير الدارين.

---

(١) [سورة البقرة : ١٩٨] .

(٢) أخرجه الترمذي في " السنن " رقم (٤٧٩) وابن ماجه في " السنن " رقم (١٣٨٤) وهو حديث ضعيف.

(٣) [سورة البقرة : ٢٠١] .

(٤) [سورة نوح : ١٠] .

والتجارة في سفر، ومنه صلاة [1]الحاجة وصلاة الاستخارة[2] فإنها عبادات مقصود بها[أ] أمر دنيوي بل أكثر عمل العاملين للخوف من العقاب ....

(أ) **قوله:** عبادات مقصود بها أمر دنيوي، أقول: أما صلاة الحاجة فحديثها ضعيف، قال زين الدين العراقي في تخريج أحاديث الإحياء [أنه][3] رواها الديلمي بإسناد ضعيف جداً، قال ورواها الترمذي وابن ماجه، قال الترمذي في إسنادها مقال .

وأما الاستخارة فحديثها صحيح وليس المطلوب بها أمراً دنيوياً محضاً، بل في دعائها: "إن كنت تعلم أن [في][3] هذا [الأمر][3] خيراً لي في ديني ودنياي أو عاجل أمري وآجله " فالمطلوب بها [طلب][3] توفيق الله [تعالى][3] بما فيه خير الدارين وصرفه عنه ما لا خير له فيهما، وهو من جملة الأدعية بخير الدارين من باب قوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً ﴾ [4]الآية، وبعد أعوام أكثر من عشرة رأيت كلام الشارح في شرح التكملة مثل كلامنا هذا، وناقض هناك كلامه هنا والحمد لله على الوفاق هذا .

وأما قوله بل أكثر أعمال العاملين إلى آخره، فهذا ليس من الأمر الدنيوي ولئن سلم فلأنه لا يدخل

---

(١) تقدم تخريجه آنفاً وهو حديث ضعيف .

(٢) عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا الاستخارة في الأمور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن ، يقول " إذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل : اللهم إني أستخيرك بعلمك ، واستقدرك بقدرتك ، وأسالك من فضلك العظيم ، فإنك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم ، وأنت علام الغيوب ، اللهم إن كنت تعلم أن هذا الأمر خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري – أو قال : عاجل أمري وآجله فاقدره لي ويسره لي ثم بارك لي فيه ؛ وإن كنت تعلم أن هذا الأمر شر لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري – أو قال : عاجل أمري وآجله فاصرفه عني ، واصرفني عنه ، واقدر لي الخير حيث كان ثم أرضني به ،قال ويسمي حاجته " .

أخرجه أحمد (٣ / ٣٤٤) والبخاري رقم (٦٣٨٢) وأبو داود رقم (١٥٣٨) والترمذي رقم (٤٨٠) والنسائي (٦ / ٨٠) وابن ماجه رقم (١٣٨٣) وهو حديث صحيح .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) [سورة البقرة : ٢٠١] .

وللطمع في الثواب، ويشهد لذلك تصريح آية مصارف الزكاة [٣/٥٦٦] باستحقاق[أ] المؤلف ما فرض له.

وما قيل من أن ذلك ترخيص للنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا تحليل للمؤلف مدفوع بأن القرآن لا يسوغ[ب] حراماً، وكيف لا ولام الاستحقاق متعلقة بكل من المصارف وأما حديث[1] "إن شئتما أعطيتكما منها وأخبرتكما أنه لا حق فيها لغني ولا لذي مرة سَوِيّ كما تقدم في الزكاة، فنفي الاستحقاق لا يستلزم[ج] حرمة المأخوذ لأن

تحت العلة وهي قوله أنه ينافي الإخلاص بل العبادة خوفاً وطمعاً، هي من الإخلاص وصدق الإيمان، وقد أثنى الله تعالى على الذين يدعونه خوفاً وطمعاً.

(أ) **قوله:** باستحقاق المؤلف أقول: تقدم له أن التأليف هو ضم قلب الخارج عن الحق إلى الحق، وتقدم لنا في الحاشية عدم صحة اقتصاره على هذا في حقيقة التأليف، ثم إنه تقدم له في الزكاة أن الذي يأخذه المؤلف سحت، وهنا قال ما سمعته وتقدم لنا الرد عليه في قوله إنه سحت قبل وقوفنا على كلامه هنا، فقلنا هنالك لما قال إنه سحت يتأمل [فيه][2] فإنه تعالى لا يفرض في كتابه قسطاً من المال وهو محرم على من جعله له فالحمد لله على الوفاق.

(ب) **قوله:** لا يسوغ حراماً، أقول: بل سوغه للضرورة كما أنه يسوغ أكل الميتة للمضطر إلا أنه عند الحاجة التي لأجلها يسوغ الحرام لا يكون حراماً حين سوغه الله تعالى.

(ج) **قوله:** حرمة المأخوذ، أقول: تقدم [لنا][2] أن هذا مبني على أنه صلى الله عليه وآله وسلم أعطاهما وأخذاه، ولا دليل في الحديث على أنه أعطاهما.

---

(١) أخرجه أبو داود رقم (١٦٣٣) والنسائي رقم (٢٥٩٨) وأحمد (٤ / ٢٢٤) و (٥ / ٣٦٢) والدارقطني (٢ / ١٩ رقم ٧) والبيهقي (٧ / ١٤) وغيرهم من حديث عبيد الله بن عدي بن الخيار.

وهو حديث صحيح وقد تقدم.

(٢) زيادة من نسخة أخرى.

أخذ المباح والموهوب جائز وإن لم يكن مستحقاً(أ) (و) أما اشتراط أن (لا) تكون

"فائدة" التأجير على تلاوة القرآن كما يفعله كثير من الناس في غالب الأقطار داخل في عموم جواز التأجير، ولكنه جزم بعض علماء المدينة النبوية من المعاصرين [لنا](١) بتحريمه، وألف في ذلك رسالة وصلت إلينا لعله في سنة ١١٦٥ وقد جمع فيها أدلة ليس فيها دليل ينهض على المدعي ولا تروج عند الأذكياء، فألفت رسالة في بيان بطلان أدلته سميتها: "إقامة البرهان على جواز التأجير(٢) على تلاوة القرآن" ولولا خوف التطويل لذكرنا [ها](١) هنا الأصل والجواب.

(أ) **قوله:** وإن لم يكن مستحقاً، أقول: مسلم فيما ذكر لكن في أخذهما ما هو مستحق بغيرهما كما صرح به قوله قريباً كيف وَلامُ الاستحقاق متعلقة بكل من المصارف فلا حق لغيرهم فيها، بخلاف المباح والموهوب فلا حق فيه إلا لمن أخذه أو وهب له فلا يتم القياس.

(**فائدة**) في شرح الأثمار: ويجوز تأجير كتب الهداية وبيعها وفي تأجير المصحف الخلاف في بيعه، ولا يجوز الاستئجار على تعلم السحر والكتب المنسوخة كالتوراة والإنجيل، ولا على تعليم الكافر القرآن حيث لا يريد الإسلام، قال أبو مضر(٣): ويجوز أخذ الأجرة على كتابة قبالة الحكم والفتيا بالإجماع، لأن ذلك غير واجب على الحاكم والمفتي، وقيل: أما إذا كانت ثمرة الحكم والفتيا لا تحصل إلا بكتابتهما لم يجز أخذ الأجرة عليهما، وهو متجه.

وأما أخذ الأجرة على تلاوة القرآن(٤) على القبور ونحوها فجائز على الأصح قياساً على الرقية بجامع عدم الوجوب.

وقال المنصور بالله: وتجوز القراءة في المصحف وإن كره صاحبه، قيل: وكذا يجوز النظر في كتاب الغير وأخذ المسألة عنه، وإن كره حيث لم توجد في غيره ولا وجد من يسأله عن تلك المسألة وإلا لم يجز.

---

(١) زيادة من نسخة اخرى.

(٢) وهي الرسالة رقم (١٣٣) من عون القدير من فتاوى ورسائل ابن الأمير بتحقيقي ط : ابن كثير.

(٣) انظر " شرح الأزهار " (٧ / ١٤٧ – ١٤٨).

(٤) تقدم توضيحه والتعليق عليه.

قلت: وفي تحريم تعليم التوراة والإنجيل تأمل، وفي الغيث: يجوز على تعليم الهجاء والخط إجماعاً، ويجوز على تعليم الصغير القرآن إجماعاً.

واعلم أن للشافعية[1] تفصيلاً في الإجارة على قراءة القرآن على الميت، فقالوا: إن كانت على رأس القبر فهذه الإجارة صحيحة كما أفتى به العمراني والماوردي والقاضي حسين واختاره النووي.

الثاني: الاستئجار على أن يقرأ على الميت من غير تقييد بذكر القبر فهذه حكمها حكم الأولى فيتعين القراءة على القبر تتريلاً للمطلق مترلة المقيد كما أفتى به جماعة.

الثالث: الاستئجار للقراءة عند القبر، فإن أراد مع ذلك ويدعو للميت مثلاً فيصح أيضاً، أو أراد ينوي الثواب له فذلك كما أفتى به السبكي ورده ابن حجر في "التحفة"[2] فقال: وفيه الثواب من غير دعاء لغو خلافاً لجمع لكن المعتمد خلافه فلا تصح الإجارة، لأن التصرف في العمل وثوابه على وجه لم يرد عن الشارع ما يصلح دليلاً له لا أثر له، وأما الأئمة الثلاثة فيقولون بوصول ثواب ذلك للميت فالإجارة صحيحة.

وقال ابن القيم[3]: إن شرط الموصي القراءة عند قبره دون البيوت التي أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه فالناس لهم قولان.

أحدهما: أن القراءة لا تصل للميت فلا فرق بين أن يقرأ عند القبر أو بعيداً منه عند هؤلاء.

والثاني أها تصل ووصولها فرع حصول الثواب للقارئ ثم ينتقل منه إلى الميت، فإذا كانت قراءة القارئ ومجيئه إلى القبر إنما هو لأجل الجعل لم يقصد به التقرب إلى الله [تعالى][4] لم يحصل له ثواب، فكيف ينتقل عنه إلى الميت وهو فرعه فما زاد في مجيئه إلى التربة إلا العناء والتعب بخلاف ما إذا قرأ فى مسجد أو غيره يكون أسهل عليه وأعظم لإخلاصه، ثم يجعل ثواب ذلك للميت وصل إليه، انتهى. ومراده أن شرط الموصى أن يقرأ على قبره شرط يلغو لا يجوز اعتماده.

---

(١) " روضة الطالبين " (٥ / ١٩١) .

(٢) (٧ / ٥٦١ – ٥٦٢ مع حواشي الشرواني) .

(٣) انظر : " إغاثة اللهفان " (١ / ٤٠٠ – ٤٠١) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

المنفعة (**محظورة**) كالزنا والغناء والكهانة والسحر فلأن الإجارة بيع منفعة، وقد تقدم في البيع أنه لا يصح بيع المحرم، كيف وقد أخرج الشيخان وغيرهما من حديث جابر[1] وابن عباس[2] رضي الله عنه وأبي هريرة[3] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " قاتل الله اليهود حرم الله عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها " لفظ الشيخين من حديث أبي هريرة وغيره بمعناه، زاد أبو داود[4] من حديث ابن عباس: " وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم ثمنه "وعند مسلم[5] والموطأ[6] والنسائي[7] من حديث عبد الرحمن بن وعلة في الخمر: "إن الذي حرم شربها حرم ثمنها "وعند أبي داود[8] من حديث أبي هريرة مرفوعاً: " إن الله حرم الخمر وثمنها، وحرم الميتة وثمنها، وحرم الخنزير وثمنه " وتقدم حديث[9] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ثمن الكلب، فقد بان أن تحريم شيء يستلزم تحريم بيعه وثمنه، فيحرم ثمن المنفعة المحرمة كما يحرم بيعها .

....

---

(١) أخرجه أحمد (٣ / ٣٢٤) والبخاري رقم (٢٢٣٦) ومسلم رقم (٧١ / ١٥٨١) وأبو داود رقم (٣٤٨٦) والترمذي رقم (١٢٩٧) والنسائي رقم (٤٦٦٩) وابن ماجه رقم (٢١٦٧) والبيهقي (٦ / ١٢) وابن الجارود في " المنتقى " رقم (٥٧٨) .

(٢) أخرجه أحمد (١ / ٢٩٣ ، ٣٢٢) وأبو داود في " السنن " رقم (٣١٨٨) .
وهو حديث صحيح .

(٣) البخاري في صحيحه رقم (٢٢٢٤) ومسلم رقم (١٥٨٣) .

(٤) في " السنن " رقم (٣٤٨٨) وهو حديث صحيح .

(٥) في صحيحه رقم (٦٨ / ١٥٧٩) .

(٦) في " الموطأ " (٢ / ٨٤٦ رقم ١٢) .

(٧) في " السنن " رقم (٤٦٧٨) وهو حديث صحيح .

(٨) في " السنن " رقم (٣٤٨٥) وهو حديث صحيح .

(٩) عن أبي مسعود عقبة بن عمرو قال نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب . ومهر البغي ، وحلوان ، الكاهن " . =

(**وشرط كل**[أ] **مؤجر**) بصيغة اسم المفعول (**ولايته**) بإضافة المصدر إلى مفعوله لكنه لا معنى لجعل الولاية شرطاً للمؤجر نفسه، وإنما هي شرط للتأجير نفسه على أنها لا تشترط له أيضاً لصحة عقدها موقوفاً (**و**) من شروط تأجير المؤجر (**تعيينه**) ولو مخيراً (**و**) تعيين (**مدته**)[ب] أي مدة تأجيره، ففي الضمير تسامح (***أو مما في حكمها***) من [المسافة و][1] العمل[ج] والمكان .

(**و**) إذا أطلقت الإجارة عن التوقيت فإن (***أول مطلقها***) عن التقييد بما يعين أولها هو (***وقت العقد***) ومكانه، وإما ما يتعين به آخرها فلا يصح إطلاقها عنه، لكن فيه بحثان:

(أ) **قوله:** وشرط كل مؤجر، أقول: استغنى عنه الأثمار بجعل الولاية من قيود رسم الإجارة وهو المناسب لقول الشارح أنها من شروط التأجير والفتح يجعله كالتعيين.

(ب) **قوله:** تعيين مدته، أقول: هو أن يكون مدة التأجير معلومة الانتهاء.

(ج) **قوله:** من العمل، أقول: يريد من الأعمال المحصورة كخياطة القميص، وقوله والمكان كتأجيره على الذهاب إلى مكان معين.

= أخرجه البخاري رقم (٢٢٣٧) ومسلم رقم (٣٩ / ١٥٦٧) وأبو داود رقم (٣٤٨١) وأحمد (٤ / ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠) والترمذي رقم (١٢٧٦) والنسائي رقم (٤٦٦٦) وابن ماجه رقم (٢١٥٩) .

(١) زيادة من نسخة أخرى .

أحدهما : أن استعمال المطلق في المقيد مجاز فلا بد له من قرينة تعينه ولو بالعادة، لما علم من صحة تقييد المطلق بها، فإن كان هناك عادة تعين[1] وقت العقد بها فتقييده بها مسلم وإلا فلا دلالة[أ] للمطلق على المقيد بنفسه .

ثانيهما: أن الإجارة يدخلها التخيير في العمل والأجرة والمسافة، وقد علم أن حكم المدة حكم المسافة، وعلم في الأصول أن المطلق من المخير غاية ما يلزم ثبوت خيار التعيين لهما أو لأحدهما مدة معلومة .

وهذا ينافي القول بأن أول مطلقها وقت العقد لأنه غير مستقر قبل انقضاء مدة الخيار، فلا بد من القول بجواز تعليقها بالمستقبل أو القول[ب] بأن الخيار والتخيير الذي منه الإطلاق لا يدخلانها .

(**و**) من شروط تأجير المؤجر تعيين (**أجرته**) على حسب ما مضى في تعيين ثمن المبيع (**و**) الأجرة (**تصح**) أن تكون (**منفعة**) لعين أخرى، فإن المنافع مال، وإنما خالف أبو حنيفة[2] والمنصور[3] وبعض أهل المذهب فيما لو تساوت المنفعتان قياساً لبيع المنافع على بيع الأعيان في دخوله الربا فيحرم التفاضل والنساء فيما اتفقا فيه جنساً

(أ) **قوله:** وإلا فلا دلالة للمطلق على المقيد، أقول: ليس من الإطلاق والتقيد بل من حمل المطلق على الفرد الأظهر لفصل الشجار، وإلا لم ينفصل شجار إن لم نقل بذلك، ولأنه ملك المنفعة بالعقد كما تملك العين المباعة به.

(ب) **قوله:** أو القول بأن الخيار إلى قوله لا يدخلانها، أقول: لهم أن يختاروا أنه لا يدخل التخيير في المطلق وسيأتيك تحقيق ذلك.

---

(١) تقدم ذكره .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٢٧٤ – ٢٧٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢) .

وقدراً، أو النساء لا التفاضل فيما اختلفا في أحدهما ولا محيص[أ] لمن صحح القياس عن ذلك .

(**و**) الأجرة تصح أن تكون (**ما يصح ثمناً**) وقال الصادق[1] والناصر ومالك[2]: لا تصح إجارة الأراضي بالطعام لأنها[ب] المحاقلة المنهي عنها ثبت تفسيرها بذلك في المتفق عليه[3] من حديث أبي سعيد وبه "وببيع الزرع بالقمح " عند مسلم [4]

(أ) **قوله:** ولا محيص لمن صحح القياس عن ذلك، أقول: أي قياس المنافع على الأعيان إلا أنه لا يخفى أن إلحاق إجارة العين بِبَيْعِها قياس مع الفارق، ولذا قال الشافعي[5] بجواز إجارة الحلي والجواهر وسائر ما يلبسه النساء، فإن كان الحلي ذهباً فاكتراه بذهب أو فضة جاز من غير اشتراط قبض [٥٦٧/٣] في المجلس لأنه لا ربا بين الذهب ومنافع الذهب.

(ب) **قوله:** المحاقلة، أقول في "النهاية"[6]: المحاقلة مفاعلة من الحقل وهو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه، وقيل من الحقل وهي الأرض التي تزرع ويسميه أهل العراق القداح، واختلف فيها فقيل هي كراء الأرض بالحنطة، هكذا جاء مفسراً في الحديث وهو الذي يسميه الزارعون المحارثة، وقيل هي المزارعة على نصيب معلوم كالثلث والربع ونحوهما، وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه، انتهى. والشارح اختار أنها المزارعة ويأتي تحقيقه في المزارعة، والشارح استعجل هنا وهو في "البحر"[7] في تأجير الأراضي.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢ – ٥٣) .

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٨٠٩ – ١٨١٠) .

(٣) البخاري رقم (٢١٨٦) ومسلم رقم (١٠٥ / ١٥٤٦) .

(٤) في صحيحه

(٥) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٢٧) .

(٦) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٤٠٧) .

(٧) " البحر الزخار " (٤ / ٥٣) .

والنسائي[1] من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً، ويروي[أ] مرفوعاً من وجه ضعيف عن [٥٦٧/٣] رافع بن خديج[2] عن بعض عمومته أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن تكرى الأرض بطعام مسمى، وأما تفسير المحاقلة ببيع الزرع بكيل معلوم كما وقع تفسيرها به في مرسل سعيد بن المسيب فإنما أخذه من تفسير جابر لها، ولا يناسب المعنى الأصلي للحقل فإن الحقل في الأصل هو التراب الطيب الذي يزرع فيه، ومن أمثالهم " لا ينبت البقلة إلا الحقلة [3]"ولهذا سموا الوجع في بطن الفرس من أكل التراب حقلة، وربما أطلق الحقل مجازاً على ما حل فيه من الزرع تسمية للحال باسم المحل، فلهذا فسرت المحاقلة بكرى الأرض تارة وببيع الزرع أخرى، فالأول هو الحقيقي، والثاني هو المجازي، وقد لبسهما صاحب "القاموس"[4] ومثل ذلك مما عيب عليه.

وبالجملة: مناط النهي النبوي استيفاء الثمن بدون استيفاء الغرض من المنفعة كما في بيع الثمر على الشجر، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم بوضع الجوائح[5] كما تقدم.

(أ) **قوله:** وروي مرفوعاً من وجه ضعيف، أقول: سيأتي أنه لا ضعف فيه، وأن البخاري[6] أخرجه فإنما قدح فيه أحمد بالاضطراب في ألفاظه وقد رد عليه البخاري كما يأتي.

---

(١) في " السنن "

(٢) أخرجه البخاري رقم (٢٧٢٢) ومسلم رقم (١١٧ / ١٥٤٧) .

(٣) انظر " الأمثال اليمانية " (٢ / ٩٦٥ رقم ٤٠٣٤) .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ١٢٧٤) .

(٥) تقدم وهو حديث صحيح .

(٦) في صحيحه رقم (٢٧٢٢) وسيأتي مفصلاً .

(**و**) من شروط تأجير المؤجر تعيين (***منفعته إن اختلفت***) منافعه (**و**) اختلف (***ضررها***) إلا أن يعين أضرها فإنه لا يتعين و(***يجوز فعل الأقل ضرراً***) والمساوي (***وإن عين غيره***) بل لو شرط أن لا يفعل إلا الأكثر ضرراً لفسدت الإجارة، لأن موجبها الانتفاع بلا ضرر (**و**) الإجارة (***يدخلها الخيار***) لرؤية أو عيب مطلقاً ولشرط مدة معلومة من مدة الإجارة إن كانت مما يفتقر إلى بيان المدة أو من غيرها إن صححنا تقييد العقد بمستقبل، وهنا للمفرعين تفاصيل يغني عنها أهلية الفقيه وتيقظه لما يفسد العقود وما لا يفسد •

(**و**) يدخلها (***التخيير***)[أ] في متعلقها من الأعمال وإن لم يشترطا خياراً، وإما من الأعيان فقيل[ب] لا يصح إلا بشرط الخيار مدة معلومة، وهو بناء على عدم صحة بيع المبهم، وقد تقدم أنه ينعقد ويثبت خيار التعيين فوراً لأن ذلك معنى التخيير •

(أ) **قوله:** والتخيير، أقول في "الفتح " الإمامان[1]: أن خيار الشرط لا يدخل في غير الأعيان، كأن يستأجر أجيراً ويجعل لنفسه أو له الخيار مدة معلومة، وأما في الدار ونحوها فإنه لا يدخلها لما في ذلك من ارتكاب إشكالات واختلافات وتوجيهات بين المذاكرين وتحصيل بلا حاصل.

(ب) **قوله:** فقيل لا يصح إلا بشرط الخيار مدة معلومة، أقول: هو الذي في "التذكرة"[2] وقول الشارح أن بيع المبهم ينعقد تقدم ذكره في شرح "فصل والمبيع".

---

(١) [المهدي وشرف الدين] •

(٢) التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة

الفقيه : حسن بن محمد المذحجي الصنعاني •

" مؤلفات الزيدية " (١ / ٢٧٩) •

وانظر نصه في " شرح الأزهار " (٧ / ١٦٦) •

(**و**) يدخلها (***التعليق***) هذا وهمٌ سيأتي نقيضه في قوله ولا يدخل عقد على عقد ونحوه وقد[أ] حذفه في الأثمار وإنما يتمشى على قول المؤيد بالله [1]والإمام يحيى والفريقين بصحة توقيتها بمستقبل، ولهذا عدل الشارح في تمثيل التعليق هنا إلى قوله نحو أن يقول صاحب السلعة للمنادي أعرضها فإن بعتها بكذا فلك كذا لكن ليس هذا تعليقاً للإجارة وإنما هو تعليق لتسليم[ب] الإجارة بتمام العمل فلا يرد أنها بيع ولا يدخله التعليق؛ لأن وزان ما ذكر وزان على تأدية الثمن أو المبيع وإلا فلا بيع، وقد تقدم صحته وذلك لأن

(أ) **قوله:** وقد حذفه "الأثمار"، أقول: بل ذكره فقال: ويدخلها الخيار والتعليق والتخيير إلا أنه استضعف جعله للمذهب، قال شارحه التعليق [نحو][2] أن يقول المستأجر للأجير أعرض هذه السلعة مدة كذا وكذا فإن بعت وإلا فلا شيء لك، أو فإن بعت بكذا فلك كذا وإلا فلا شيء لك، فإن تعليق الأجرة على هذا الشرط يصح، ويصح العقد عند المذاكرين، انتهى. نعم انتقل ذِهن الشارح من "الفتح"[3] إلى "الأثمار" فإنه حذفه بل نفاه فقال: لا أنه يصح تعليق عقدها المستقبل إيجاباً في مستقبل كما إذا جاء زيد كما في البيع وسائر العقود وإن كان الأزهار قد قرر صحة ذلك ففيه ما فيه، انتهى.ولا يقال مراده أنه حذف الأثمار "ولا يدخل عقد على عقد" لأنا نقول وهذا أيضاً ذكره الأثمار بقوله ولا يصح في المستقبل، إلا في الأعمال، قال شارحه أي لا يصح عقد الإجارة بوقت مستقبل سواء تضمن ذلك إدخال عقد على عقد نحو أن يؤجر داره من زيد شهر رجب ومن عمرو شهر شعبان أم لا يتضمن ذلك، بل علق عقدها بوقت مستقبل نحو أن يقول وهو في رجب أجرتكها في شعبان ونحو ذلك، فإن الإجارة لا تصح في الصورتين، انتهى.

(ب) **قوله:** لتسليم الأجرة، أقول: بل التعليق لاستحقاق تسليم الأجرة وكأنه على حذف المضاف وهذا المثال هو الذي في شرح الأثمار كما سبق.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ١٦٧ – ١٦٨) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) انظر " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ١٦٧) .

المنفعة التي هي أحد العوضين هنا هي نفس الشرط كما في اشتراط الثمن أو المبيع فيما تقدم، فكان ذلك كالشرط الحالي لأن تسليم أحد العوضين من موجبات العقد اللازمة في الحال.

(**و**) يدخلها (***التضمين***) للعين المؤجرة فيضمنها ولو فاتت بغير تفريط في إجارة صحيحة أو فاسدة سواء قارن العقد أو تأخر لأنه يلحق بالعقد الزيادة والنقص المعلومان كما تقدم لأنه كبعض الأجرة.

وقال الفريقان[1] لا يضمن مطلقاً وإن ضمن لنا أن شرط الضمان يصير كجزء من الأجرة فيلزم تسليمه، وأما حيث لا تضمين فلا ضمان اتفاقاً لأنها مقبوضة بإذن المالك فأشبهت الوديعة، وأما احتجاج المصنف بحديث[2] الزعيم غارم كما سيأتي في الكفالة إن شاء الله تعالى فقد[أ] أهدر عمومه بما سيأتي من عدم ضمان الخاص والمضارب والوصي والوديع والوكيل والملتقط وإن ضمنوا.

واحترز بقوله: (***غالباً***) عن تضمين أثر الاستعمال فإن تضمينه يلغو لأنه ضروري لاستيفاء المنفعة فكأنه جزؤها، وقيل: بل يفسدها لأنه رفع لموجبها (**و**) متى استوفى المستأجر منفعة العين المؤجرة فإنه (***يجب الرد***) لها خلافاً [٥٦٨/٣] للمؤيد[3] بالله مطلقاً ولأبي حنيفة[4] فيما لا مؤونة لحمله، وقيل العكس، ولم يزد المصنف في الاحتجاج لما

(أ) **قولـه:** فقد أهدر عمومه.. إلخ. أقول: قد عرفت أن تخصيص العام لا يخرجه عن كونه دليلاً في ما لم يخص فتذكر [٥٦٨/٣].

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٧٧ – ومابعدها) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٣٧٦ – ٣٨٢) .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٣٥٦٥) والترمذي رقم (٥٠٩٤) وهو حديث صحيح .

(٣) قال المؤيد بالله لايلزم الرد مطلقاً . " شرح الأزهار " (٧ / ١٧٠) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ١٦٧) .

ادعاه على قوله إذ لا وجه لإمساكها بعد استيفاء الحق منها كالعارية وهو تهافت كما ترى، لأنه لا نزاع في انتفاء وجه جواز الإمساك إنما النزاع في وجود وجه وجوب الرد والقياس على العارية ظاهر الفرق، إذ الإجارة معاوضة كالبيع وإذا استوفى المعاوض عوض حقه كان الرد زيادة منفعة، بل ربما كان زيادة عين إذا كان لإيصاله مؤونة، ولهذا نظر أبو حنيفة في عدم إيجابه رد ما لرده مؤونة ولا وجه لتخصيص ماله مؤونة، لأن منفعة الرد مال كالمؤونة فالحق أن الإيصال أمر زائد على الحق، وقد أسلفنا في القرض ما إذا التفت إليه زادك[أ] بصيرة.

(**و**) أما وجوب (***التخلية***) للمؤجر عما يشغله بحيث يمنع مالكه عن منفعته فذلك من تمام التسليم لا من الرد، ولا شك في وجوبه (**فوراً**) وإلا كان استهلاكاً لمنفعة لا يستحقها المستأجر (**وإلا**) يرد المستأجر ولا يخل عن الشاغل (**ضمن**) ما غصبه إما لعدم التخلية فلأنه بالشاغل غاصب للمنفعة فيضمنها، لظاهر قولهم أن غصب المنفعة غصب للعين كما صرح به قوله: (**هو وأجرة مثله**) وفيه نظر عسى أن يأتي في الغصب إن شاء الله تحقيقه، وأما الضمان لعدم الرد (**وإن لم ينتفع**) فبناء على[ب] ما

(أ) **قوله:** زادك بصيرة، أقول: تقدم له في فصل ويجب رد القرض والرهن أنه لا يجب رد العين المستأجرة بل يجب التسليم فقط، واستوفى ما في الأدلة من "الأبحاث"[1] وإليه جنح "المنار"[2] وهو مذهب المؤيد بالله[3].

(ب) **قوله:** فبناء على ما عرفناك بطلانه، أقول: يريد في قوله والحق أن الإيصال.. [إلخ][4].

---

(١) " الأبحاث المسددة " (ص ٢٧٩ – ٢٨٠) .

(٢) (٢ / ٦٤) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ١٧٠) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

عرفناك بطلانه، وأما قوله: (***إلا لعذر***) فأراد به إلا لمانع من الرد كغيبة المالك أو من الضمان كاشتراط عدم الرد أو الإبراء من قيمة التالف .

(***و***) الرد والتخلية (***مؤنهما ومدة التخلية***) يجبان (***عليه***) أما المؤونة فظاهر، وأما المدة فالمراد أنها تنقص من مدة الإجارة وإلا كان شغل العين بما فيها بعد انقضاء مدة الإجارة استهلاكاً لمنفعة لم يقع عليها العقد (***لا***) أنه يجب عليه (***الإنفاق***) للعين إذا احتاجت نفقة كالحيوان، لكنه إذا جرى عرف بأن النفقة تكون على المستأجر لزمته وكانت الإجارة فاسدة لجهل قدر الأجرة إلا أن يعين قدر النفقة على المستأجر.

فصل

(***وإنما تستحق أجرة الأعيان باستيفاء المنافع***) المعقود عليها الإجارة إجماعاً، وأما قوله: (***أو التخلية الصحيحة***) للعين المؤجرة فإنما يتمشى الحكم باستحقاق الأجرة بها بعد تصحيح كون عقد الإجارة لازماً، وقد[أ] عرفناك عدم انتهاض الدليل على لزومه، ثم التخلية الصحيحة هي ما كانت في عقد صحيح بلا مانع عقلي ولا شرعي ولا عادي على ما تقدم في البيع .

فصل وإنما تستحق أجرة الأعيان:

(أ) **قوله:** وقد عرفناك عدم انتهاض الدليل على لزومه، أقول: قد عرفناك نهوض الدليل على اللزوم.

(***فإن تعذر الانتفاع لعارض***) عرض (***في العين***) منع منفعتها بعد[أ] القبض كانهدام بعض الدار (***سقط***) قدر أجرة المنفعة الفائتة ويقدر (***بحصتها***) ولا تبطل الإجارة في الباقي لأنه لما لم يملك العين كان ذلك عيباً فيها، كأنه حادث في يد البائع فللمستأجر الفسخ به، وقال أبو ثور: لا فسخ به لأنه كتلف المبيع في يد المشتري ورد[ب] بأن قبض المبيع مشتمل على جميعه بخلاف المنفعة، فإنما تقبض بالتدريج فلا قبض لما تعذر منها .

(أ) **قوله:** بعد القبض أقول: إذ لو كان قبله فإنها تبطل الإجارة، قال في الشرح بلا خلاف وأفاده "الغيث"[(١)] وذكره "الأثمار"، وفي شرح الفتح أنه أقاسه على تلف المبيع قبل قبضه، قال: وإن كان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ممكناً، فإن تلف المبيع إبطال للمراد بالبيع من حيث هو على وجه لا يمكن رده كما كان ولا يملكه رأساً فلم يبق ما يستند إليه العقد، وإنما يشبه تلف المبيع لو تلف المؤجر كموت العبد المؤجر أو البهيمة .

وأما خراب الدار فلم تزل ولم تبطل إلا هيئته وصفته، ويمكن إرجاعها فيعود الانتفاع فالعقد باق لبقاء ما يتعلق به ويستند إليه، وهو محل المنفعة وهو الأعيان أو القرار، إذ المنفعة معنى في محل انطوى عليه عقد الإجارة، ولذا يقال: أجرتك هذه العين فيقال العقد باق ويخير المستأجر بين الفسخ والترك ويجبر المتمكن على الإصلاح .

وهذا بعينه حاصل قبل القبض كبعده لا يفارقه قط فأشبه تعيب المبيع تعيباً يتعذر معه الانتفاع مع رجو مداواته فإنه لا يبطل ولو انتهى [به][(٢)] الحال إلى أنه لا يبقى له نفع، ثم لا يتم دعوى الإجماع على الفرع مع كون الأصل مختلفاً فيه، انتهى. والشارح هنا سلم لهم ولم يذكر الدليل ولا ناقش فيه.

(ب) **قوله:** ورد بأن قبض المبيع.. إلخ، أقول: تقدم له صحة بيع المنافع كبيع الأعيان، وهنا أبدى الفارق ولم يرده [٣/٥٦٩].

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ١٧٢ – ١٧٣) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(**وعلى المالك الإصلاح**) لما تجدد فساده بعد العقد لا لما كان قبله وعلمه المستأجر (**فإن تعذر**) الإصلاح (**في المدة**) لإعسار المالك أو نحو ذلك ولم يفسخ المستأجر (**سقط**) من الأجرة مقدار المنفعة الفائتة ويقدر (**بحصتها من الأجرة وإذا عقد**) المالك الإجارة (**لاثنين فللأول إن ترتبا**) لا إن وقعا في وقت واحد أو التبس فتبطل الإجارة .

(**و**) إذ قد عرفت أن المنفعة قد صارت مملوكة للمستأجر فلو عقد مالك [٥٦٩/٣] العين عن نفسه فإن (**إجازة عقد المالك لنفسه**[١]) أي عن نفسه لا عن المجيز (**فسخ**) من مالك المنفعة للعقد الأول الذي طرأ عليه العقد الثاني (**لا إمضاء**) للعقد الثاني، وهذا تهافت لأن الفسخ[أ] مسبب عن الإمضاء، فكيف يصح إثبات المسبب

(أ) **قوله:** لأن الفسخ مسبب عن الإمضاء، أقول: لم يتضح وجهه فإنه لما أجاز عقد المالك وقد كانت المنفعة ملكاً له، فقد تضمن فسخه العقد الذي كان في يده، فهذا الفسخ ترتب على ملكه المنفعة ومضي العقد بها، فإن أراد المانع أنه ترتب هذا الفسخ على مضي العقد الأول فليس الكلام فيه بل في العقد الثاني الذي صدر عن مالك العين وهو غير مالك للمنفعة، وذلك لأنها لا تكون الإجارة إمضاء إلا إذا كان العاقد مالكاً للمنفعة، ولذا علل في "الغيث"[٢] عدم كون الإجارة إمضاء بأنه باع المنافع وهو غير مالك، نعم للغيث مناقشة هنا تعلق بالتفرقة بين الإجارة والهبة.

---

(١) وأما قوله : " وإجازته عقد المالك لنفسه فسخ لا إمضاء " فوجهه أنه قد رضي بذلك بعد أن صار مستحقاً للمنفعة فكأنه فسخ العقد الذي كان في يده وإذا علم ترتب العقدين ثم التبس كان القابض للعين التي تعلقت بها المنفعة أولى بالمنفعة ، لأن ذلك دليل على تقدم عقده وفيه نظر لأنه يمكن أن يسبق إلى القبض من تأخر عقده ومع الاحتمال لايتم الاستدلال ، وهذا يكون إقرار المالك لأحدهما بتقدم عقده مفيداً لتقديمه وفيه نظر على قواعدهم ، لأن هذا الخبر من المالك فيه تقرير لفعله ، وهم يجعلون ذلك قادحاً كما سيأتي في الشهادات .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٤٨) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٥ - ١٨٦) .

ونفي السبب، أما لو عقد[أ] المالك عن المستأجر فأجاز المستأجر فأمضى إلا أن يجهل نية المالك فيخير بنية كون العقد عن المالك فلا فسخ ولا إمضاء •

(**ثم**) إذا التبس المتقدم من العقدين بعد العلم بتقدم أحدهما حكم بتقدم العقد (**للقابض**) لأن[ب] القبض قرينة التقدم، لكن هذا إنما يتمشى على رأي من جعل الحكم لمن سبق بالدخول كما تقدم في عقد الوليين في النكاح •

(أ) **قوله:** أما لو عقد المالك.. إلخ، أقول: في "الغيث" أما لو أجر عن المستأجر لم يكن تأجيره فسخاً من جهته ولا إجارة المستأجر متممة له •

قلت: والقياس أنه يلغو عقد الثاني في هذه الصورة لكونه عقد عن المستأجر ولم يجز المستأجر له بل للمالك، فلو أجاز لنفسه صحت الإجارة لا إذا كان قد قبض واستحق الأجرة لنفسه و بأكثر مما استأجره به، وذلك لأن تأجير المالك كإذنه، وإما أن أجر المالك لنفسه وأجاز المستأجر لنفسه صح العقد إن كان لمثل أو بمثل، لأن تأجير المالك هنا ليس بإذن منه، انتهى. فيحمل قول الشارح فأجاز المستأجر بأنه أجر عن نفسه لا عن المالك، كما يدل له قوله فيخير بنية كون العقد عن المالك فلا فسخ ولا إمضاء، لأنها الصورة الأولى في "الغيث"[1]، والثانية فيه هي الأولى في كلام الشارح.

(ب) **قوله:** لأن القبض قرينة التقدم.. إلخ، أقول: هكذا علله في "البحر"[2]، قال عليه "المنار"[3]: لا يظهر هذا إذ المراد بالقرينة ما تفيد الظن وليس الأمر كذلك في الغالب، انتهى. والشارح أحاله على ما سلف في النكاح.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٢ – ١٨٣) •

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٣٤) •

(٣) (٢ / ٩١) •

(**ثم**) إذا استويا في القبض أو عدمه حكم (**للمقر له**[أ] **وإلا**) يعلم تقدم قبض ولا إقرار (**اشتركا**[1]) إن لم يفسخا أو أحدهما بعيب الاشتراك، لكن الاشتراك إنما يثبت مع التراضي، وإلا فالقياس البطلان كما لو تهاترت البينتان، لأن القسمة فرع تحقق حق لكل واحد كما في مسألة الخلط، ولا تحقق هنا (**إلا**) على تقدير أن يكونا شريكين في العقد الواحد، والفرض خلاف ذلك فالاشتراك منتف سواء كان لا لمانع من الشركة أو (**لمانع**) نحو أن يختلف عملهما أو طريقهما أو لا يمكن القسمة إلا على وجه يفوت به غرض أحدهما أو كليهما.

(**و**) إذا كانت الإجارة موجبة لملك المنفعة كان (**للمستأجر القابض**[2]) . . .

(أ) **قال:** ثم للمقر له، أقول أي من أقر له البائع، قال "المنار"[3]: فإن كان إقراره ابتداء بأن قال: بعت من هذا أولاً ومن هذا ثانياً، ونحو ذلك فلا شك في قبول قوله إذ إقراره بخروج ملكه مقبول حينئذ وهو مقيد بالأولوية فإقراره للآخر شهادة على الأول غير مقبولة، فإن أقر لهما معاً ثم فصل لم تقبل إذ هي شهادة.

---

(١) فوجهه عدم وجود مرجح لأحقية أحدهما والأولى أن يقال : إن هذا اللبس من كل وجه يقتضي بطلان إجارة كل واحد منهما ، فيؤجره مالكه ممن شاء ، لأن الرضا الذي هو المناط الشرعي غير متحقق مع اللبس .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٤٨) .

(٢) قوله :" وللمستأجر القابض التأجير إلى غير المؤجر " .

أقول : المالك للعين مالك لمنافعها ، ومجرد الإذن لمن يستعمله مدة من الزمان بأجرة لا يدل على جواز صرفها إلى غيره لاختلاف الأشخاص والأغراض والمقاصد ، وبهذا تعرف أنه لايجوز للمستأجر أن يؤجرها ولا حق له في ذلك، بل قه مختص باستيفائه للمنافع المأذون له بانتفاعه بها ، فإن قلت : أما كان له في استحقاقه لمنافع العين ما يسوغ له تأجيرها من غيره ؟ قلت : هذا الاستحقاق سببه إذن المالك له بالانتفاع بها مقابل الأجرة فإخراجها إلى غيره ، وتسليطه للانتفاع بها لم يتناوله الإذن ، وأما إذا أذن له مالك العين بذلك فظاهر .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٤٨ – ٧٤٩) .

(٣) (٢ / ٩١) .

للعين المؤجرة (*التأجير*) لها لأن له فيما ملكه كل تصرف، وقال في "المنتخب"[1] وأبو العباس[1] لا يصح تأجير المستأجر إذ العين أمانة عنده.

وأجاب المصنف: بأن ملكه المنافع صيره مأذوناً، ولا يخفى أنه مصادرة.

قلت: الخلاف ينبني على أن عقد الإجارة هل تعلق بالعين أو بالمنفعة؟ من ذهب إلى أنه متعلق بالعين لم يجوز للمستأجر التأجير إذ لا ملك له في العين، ومن ذهب إلى أنه متعلق بالمنفعة كما اختاره[أ] المصنف وإنما تعلق التأجير بالعين لأن المنفعة مضافة إليها والمضاف لا يعقل إلا بالمضاف إليه جوز للمستأجر التأجير (*إلى غير المؤجر*) وقال الشافعي[2] والمؤيد بالله[3] وإليه قلنا يصير طالباً لتسليم العين من حيث هو مستأجر مطلوباً من حيث هو مؤجر، ورد بمنع كونه مطلوباً لانقطاع ذلك بالعقد الثاني.

(أ) **قوله:** كما اختاره المصنف، أقول: في "البحر"[4] والمقصود بالعقد المنفعة والعين تبع، وقيل العكس إذ يقال أجرتك داري أو عبدي فلو قصد المنفعة لم تنعقد مع إغفالها كما لو لم يذكر المبيع في البيع.

قلت: بل هي المقصود إذ العوض في مقابلها، أو استغنى بذكر العين لملازمتها، انتهى.

قلت: قال بعض المحققين: إن تمليك المنفعة شيء وتمليك الانتفاع شيء، فالأول يملك به الانتفاع والمعاوضة، والثاني يملك بها الانتفاع دون المعاوضة، وعليها إجارة ما يستأجره لأنه ملكه المنفعة بخلاف المعاوضة على البضع فإنه لا يملكه وإنما يملك أن ينتفع [به][5] وكذلك إجارة ما ملك أن

---

(1) قال أبو العباس والهادي في " المنتخب " : لا يجوز ذلك إلا بإذن المالك مطلقاً ، سواء كانت بمثل أم بدون ، أم بأكثر وكذا في العمل .

" شرح الأزهار "(٧ / ١٨٦ – ١٨٧) .

(2) " روضة الطالبين " (٥ / ٢٠٧ – ٢٠٨) .

(3) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٨) .

(4) " البحر الزخار " (٤ / ٣٤) .

(5) زيادة من نسخة أخرى .

قلنا: يصير طالباً[أ] للأجرة مطلوباً بها، قالوا: لا يمتنع ذلك باعتبار الحيثية وإن سلم فقد اشترطنا أن يكون التأجير (**لمثل ما اكترى**) أو أقل منه ضرراً للعين (**وبمثله**) "والدينان إذا تساويا تساقطا" فلا يطالب (**وألا**) يكن المستأجر قد قبض العين أو لا يكن أجر لمثل ما اكترى بل لأكثر ضرراً للعين منه إلا بمثله، بل بأجرة أكثر من الأجرة التي استأجر هو بها (**فلا**) يصح تأجيره، أما لأكثر ضرراً فظاهر، وأما قبل قبض العين فخالف الشافعي[1] في اشتراط قبض العين محتجاً بأن الإجارة مخالفة القياس البيع[ب] فلا يقاس عليه، ولأن قبض العين ليس قبضاً للمنفعة، فالتأجير كله قبل القبض.

ينتفع به من الحقوق كالجلوس بالرحاب والمدارس والربط لا يملكها لأنه لا يملك المنفعة وإنما يملك الانتفاع، وعلى هذا الخلاف تخرج إجارة المستعار فمن منعها كالشافعي[2]وأحمد[3]ومن تبعهما قال: لم تكن المنفعة ملكاً له وإنما يملك الانتفاع، ومن جوزها كمالك[4]وأصحابه قال: هو قد ملك المنفعة.

(أ) **قوله:** صار طالباً مطلوباً، أقول: رجح في "البحر"[5] كلام الشافعي ومن معه، وقال في "المنار"[6]: حديث "طالباً مطلوباً" سهل إذ ينقطع بالقبض ثم لا يجوز الانتزاع من المستحق ولا يجب أكثر من ذلك، وهو لا ينافي ما ذكر من صحة إجار المالك.

(ب) **قوله:** مخالفة لقياس البيع، أقول: إشارة إلى دليل المنع، قال في "الغيث"[7]: إن دليل المنع على القياس على البيع يعني وقد صح النهي عن بيع ما لم يقبض، قلت: ولا يخفى بعد إلحاق المنافع بالأعيان في ذلك عند أهل المذهب لا عند الشارح، فيلزمه لتصحيحه بيع المنافع و"المنار"[8] جنح إلى ما اختاره المصنف.

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٥٤ – ٤٥٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٥٤) .

(٣) " المغني " لابن قدامة (٨ / ٥٤ ، ٥٦) .

(٤) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٥٣٧) .

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ٣٤ – ٣٥) .

(٦) (٢ / ٨٨ – ٨٩) .

(٧) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٨) .

(٨) (٢ / ٨٨) .

قلنا[أ] قبض العين مظنة قبض المنفعة والمظنة كثيراً ما لا يعتبر معها المئنة، وأما منع التأجير بأكثر مما استأجر به فخالف فيه الحسن [1]وعطاء والبتي[2] ومالك[3] والشافعي[4]، لنا أن المنافع غير مقبوضة بقبض العين، فالزيادة من ربح ما لم يضمن، قالوا[ب] ممنوع بل المنفعة مضمونة بمجرد قبض العين وإن لم يقبض المنفعة.

(أ) **قوله:** قلنا قبض العين مظنة قبض المنفعة، أقول: هذا الدليل تبرع به الشارح لهم واعترضه فيما سيأتي بقوله نكصتم، وهذا شيء لم يذكروه، والذي في "البحر"[5] رداً على الشافعي، قلنا: لا نسلم فأما ضمانها فلتلفها إذ لو تلفت العين في وسط المدة لم يلزم إلا حصة ما مضى.

(ب) **قوله:** قالوا ممنوع بل المنفعة، أقول: في المنار محصل ما في "البحر"[5] من الاستدلال أنها لما كانت المنافع معاني لم يمكن قصدها منفردة، فلو قصدت منفردة لم تصح الإجارة لأنها بيع معدوم، فأقيمت العين مقامها فيما مست الحاجة إليه، وبذلك صار بيع تلك المنافع إجارة، وأشير إليه باللفظ الدال على مجموع ذلك مثل أجرت منك العين ولم يصح بعت منك منافعها، لئلا يتوهم أنها منظورة على انفرادها، فلما كان كذلك كان قبض العين قبضاً لها، فكأنها موجودة دفعة واحدة تصح المبادلة بها كذلك، وزيادة البدل أعني الأجرة ونقصانه لا دخل له في ذلك، وتحقيقه ما ذكر أنه يلزمه الأجرة بمضي المدة وإن لم يستعمل فالأظهر في المسألة قول[6] المنصور بالله، ومن معه بعد الإذن الصريح والعرف الشائع كما عليه الناس اليوم في المساكن في مكة فقد يستأجر أحدهم فيؤجر بأكثر حتى صار نوعاً من التكسب [٣/٥٧٠].

---

(١) ذكره ابن قدامة في " المغني " (٨ / ٥٦) .

(٢) انظر : " المغني " (٨ / ٥٦) .

(٣) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٥٣٧) .

(٤) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٥٤ – ٣٥٥) .

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ٣٤) .

(٦) " البحر الزخار " (٤ / ٣٤) و " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٧ – ١٨٨) .

قلنا: لو تلفت العين قبل استيفائه المنفعة لم يضمن من المنفعة إلا ما تقدم التلف فلم يكن قبض العين قبضاً للمنفعة، قالوا: إذاً نكصتم [٣/٥٧٠] عما تقدم لكم من أن وجود المظنة كاف عن المئنة، ولأن تعليلكم بأنه ربح ما لم يضمن ملزم لكم بطلان قولكم (**إلا**[أ] **بإذن**) من المالك (**أو زيادة**) تحصل في العين بتأجير المستأجر لاشتراطه إحداث أمر فيها (**مرغب**[١])[ب] لمالك العين، لأن علة منعكم التأجير مع عدم الأمرين موجودة معهما، إذ الزيادة على مثل ما اكترى به من ربح ما لم يضمن.

(أ) **قوله:** إلا بإذن، أقول: الاستثناء يعود إلى التأجير بأكثر لا إلى الإجارة قبل القبض فإنه لا أثر للإذن فيها، وقد احترز عنه الفتح والمصنف، قال: وألا يكن المستأجر قد قبض، وأراد أن يؤجر من المالك أو بأكثر من العمل الذي استأجرها له فلا يجوز إلا بإذن المالك، انتهى. فأعاد ذلك إلى كل ما منعه من الثلاثة.

(ب) **قوله:** مرغب لمالك العين، أقول: عبارة المصنف أو زاد المستأجر في العين زيادة مرغب فيها كالبناء والإصلاح، ثم أجرها بأكثر لأجل تلك الزيادة، وإن لم يأذن المالك، انتهى. وهو يدل أن المراد مرغب لمن يكتريها من المستأجر لا من المالك كما قال الشارح فتأمل.

---

(١) وأما قوله : " أو زيادة مرغب " فلا وجه له فإنه لا يجوز ذلك إلا إذا رضي بذلك المرغب إلى مقابل إخراج العين إلى مستأجر آخر ، ولا يصح أن يكون مجرد وجود زيادة المرغب مصححاً لتأجير المؤجر شاء المالك أم أبى فإن ذلك من الافتيات عليه في ماله وفيما أمره إليه .

قوله : " ولا يدخل عقد على عقد إلا في الأعمال " .

أقول : لا مانع من هذا الإدخال لا من شرع ولا عقل ، ولا وجه لقياس الإجارة على البيع لما قد عرفناك من الفرق بينهما ، وأيضاً قد قدمنا في البيع ماقد عرفته ، والحاصل أن المناط في الكل التراضي المدلول عليه بقوله تعالى ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ فمن زعم تقييد هذا التراضي بقيد لم يدل عليه دليل فهو رد عليه وهكذا قوله ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ فمن زعم أنه لا يحل كذا من البيوع بغير دليل ، فهو رد عليه ، وإذا كان هذا في البيع الذي هو نقل الأملاك نقلاً منجزاً فكيف بالتجارة في المنافع الباقية على ملك مالكها ببقاء العين في ملكه ، والعجب من الفرق بين الأعيان والأعمال مع أن =

قلنا: الزيادة من ثمرات العين لا من ثمرات المنفعة فليس له من ثمرة العين إلا قدر ما سلمه، ورد بالمنع مسنداً بأن الأجرة قيمة المنفعة لا قيمة العين فهي من ثمرات المنفعة.

وأما قوله: (**ولا يدخل عقد على عقد**) فحاصله[أ] أنه لا يصح عقد الإجارة معلقاً بأمر مستقبل، لأن العقد إذا دخل على عقد توقف على مضي مدة العقد الأول، ولو قال كذلك لكان[ب] أظهر وأشمل كما لو عقدها معلقة بوقت مستقبل، وإن لم يدخل ذلك العقد على عقد فيستريح من قوله: (**أو نحوه**) وأجازه[ج] الناصر[1] والمؤيد وأبو حنيفة.[2]

(أ) **قوله:** فحاصله أنه لا يصح عقد الإجارة معلقاً بأمر مستقبل، أقول: تقدم لك عن شرح الأثمار أن عبارة التعليق بأمر مستقبل أعم من إدخال عقد على عقد فليست حاصلة.

(ب) **قوله:** لكان أظهر وأشمل، أقول: قدمنا أنه عبر الأثمار عن ذلك بقوله: ولا يصح في مستقبل إلا في الأعمال، ومثله عبارة الفتح ووجه الأظهرية أنه يفيد علة الحكم فإنه علل في "الغيث"[3] لأن الاستئجار على الوقت المستقبل لا يصح والأشملية ظاهرة، إلا أنه ظهر لك أنه جعل عبارة المصنف حاصل ما جعله أشمل وسلف ما فيه.

(ج) **قوله:** وأجازه الناصر والمؤيد وأبو حنيفة، أقول في "المنهاج"[4] ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة قال في شرحه "النجم الوهاج "[5] مثل إجارة الدار السنة المستقبلة خلافاً للأئمة الثلاثة

= الكل منفعة ، فإن إجارة الأعيان تسليط المستأجر على الانتفاع بها ، والإجارة في الأعمال تسليط العامل لصاحب العمل على منافعه .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٥ / ٧٤٩) .

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٣٥) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٤٢٢ – ٤٢٣) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ١٨٩) .

(٤) (٥ / ٣٣٨ – مع النجم الوهاج) .

(٥) (٥ / ٣٣٨ – ٣٣٩) .

لنا : أن التقييد بمستقبل رافع لموجب العقد ورد بالمنع، وإنما يرفع موجب المطلق لا موجب المقيد فإنه إنما يستحق ملك المنفعة عند حصول قيد العقد، قلنا: هو بيع منفعة، وقد امتنع مثل ذلك في البيع، قالوا: أحكامهما مختلفة ولهذا يتأبد البيع ولا يتغيا بخلافها، فكما تغيت في النهاية تتغيا في البداية .

قلنا: غرر لجواز تعذر التسليم عند وجود القيد المستقبل، فكان كبيع الطير في الهواء، قالوا: معارض بمثل ذلك في بيع الغائب فما أجبتم به فهو جوابنا، بل مجرد تجويز [تقيد][1] عدم القبض حاصل في المبيع بجواز تلفه قبل القبض، وإنما امتنع بيع الطير في الهواء لغلبة عدم إمكان قبضه، والحل[أ] أنها مبنية على ذلك، لأن تجويز عدم حصول المنفعة حاصل في كل وقت لغيبوبتها واستقبالها، فقد اغتفر مثل ذلك فيها وإن لم يغتفر في البيع فلا قياس[ب] لاختلاف الحكمين.

وسمّوها الإجارة المضافة، لنا أن إجارة العين كبيع العين وهو لو باعها على أن يسلمها بعد شهر لم يصح، وكذا الإجارة واحترز بالعين عن إجارة الذمة فإنه يحتمل فيها التعجيل والتأجيل، انتهى. ومراده بالثلاثة مالكاً وأبا حنيفة وأحمد، والشارح قد جنح إلى هذا القول بما حققه في الحل.

(أ) **قوله:** والحل، أقول: أي حل عقدة شبهة الدليل على أنه يكون العقد على المستقبل عقد غرر، فقال حل هذه الشبهة أن عقد الإجارة كله مبني على الغرر، فقوله على ذلك إشارة إلى الغرر، وعلله بأن تجويز حصول المنفعة من العين المستأجرة حاصل في كل وقت لأنها غائبة ومستقبلة، فإن المستأجر في كل حين يأخذ جزءاً من المنفعة، وكلامه واضح صحيح دال على جواز عقدها على المستقبل.

(ب) **قوله:** فلا قياس لاختلاف الحكمين، أقول: حاصل الاستدلال للمنع وهو سند للمنع لما عرف في آداب البحث أنه لا يلزم المانع الدليل، والسند هنا هو إلحاق الإجارة بالبيع كما في التأجير قبل القبض، وما أبداه الشارح من الفروق يقتضي بأنه لا يلحق الإجارة بالبيع في الأحكام لوجود

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

وتحقيقه: أن عقدها لما كان عقداً على معدوم صح تعلقه بالمستقبل، بخلاف البيع فعقده على موجود فلم يصح تعلقه بمستقبل، لولا ذلك لما صح قولكم (**إلا في**) الإجارة على (**الأعمال**) لأنها من إجارة الأعيان في الحقيقة فإن من استأجر على حج هذه السنة ثم استأجر فيها على حج الأخرى فقد أدخل عقداً على عقد أو استأجر عيناً لطلب منفعتها في المستقبل.

وقوله: (**غالباً**) احتراز عما لو استأجر على تأدية حجة في هذه السنة ثم على حجة أخرى فيها، فإن ذلك لا يصح بناء على أنه لا يصح الاشتراك في النسك الواحد وهو منقوض بكفاية الإحرام الواحد للحج والعمرة في القرآن، وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعائشة "طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعمرتك"[1] كما تقدم فليكف الواحد من المناسك لحجتين قياساً على كفايته لحج وعمرة؛ لأن العمرة حج أصغر كما تقدم ولا محيص[أ] لمن صحح القياس عن ذلك، ....

الفارق، ومن شرط صحة القياس عدم الفارق فالأظهر مع المانع لقياسها على البيع.

(أ) **قوله:** ولا محيص لمن صحح القياس عن ذلك، أقول: هذا قياس على القارن لأنهم يريدون أنه لا يحرم بحجتين عن شخصين مثلاً، فهذا هو الممنوع، وأما إحرام القارن فورد به النص على أنه ليس من محل النزاع إذ الكلام في إدخال عقد على عقد، وهذا في إجزاء طواف عن طوافين على أنه لا يتم إلزام أهل المذهب بما قاله، ودعواه أنه لا محيص لهم عن ذلك، وذلك لأنهم يقولون: أنها تتعدد أعمال الحج على القارن فيلزمه طوافان وسعيان كما سلف، فهم لا يقولون بحكم الأصل حتى يلزمهم إلحاق الفرع به على تسليم ما قاله على أنا نقول يقلع هذه الشبهة التي أتى بها حديث الذي سمعه صلى الله عليه وآله وسلم يلبي عن شبرمة فقال له:" هل حججت عن نفسك؟ قال: لا، فقال صلى الله عليه وآله وسلم هذه عن نفسك وحج عن شبرمة "فإنه لو كان يجزيه الحج عن نفسه وعن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه رقم (١٣٣ / ١٢١١) وقد تقدم .

(وما تعيَّب [1]) من المؤجرات (تُركَ) أي: فسخ (فوراً) لما تقدم في الرد بالعيب .

شبرمة "[2] لبينه صلى الله عليه وآله وسلم له.

فإن هذا موضع الحاجة إلى البيان ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولأنه بعث بالحنيفية السهلة، ولأن الله [تعالى] [3] يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر، ولو كان ذلك مجزياً لما كلفه بحجة أخرى يأتي بها من العام القابل عن شبرمة.

واعلم أن التحقيق أنه لم يقع في حج القارن طواف عن طوافين، فإنه ليس على القارن إلا طواف واحد وسعي واحد يكفيه لحجته وعمرته، كما أفاده لفظ النص، وقرره الشارح فيما سلف في الحج.

وأما إذا انفردت العمرة فلا بد لها من طواف وسعي وإحرام، كما إذا انفرد الحج فلا بد له من ذلك مع غيره من نحو الوقوف ورمي الجمار، فأصل دعواه في القارن غير صحيح بل هو باطل عند من ألزمهم، وباطل في نفس الأمر لقيام الدليل على خلافه وباطل على رأي الشارح كما عرفت.

---

(١) قوله : " وما تعيَّب تُرِكَ فوراً ولو خشي تلف ماله لا نفسه " .

أقول : ظهور العيب يقتضي ثبوت الرد به ولا يبطل إلا بمبطل شرعي ، أو حصول الرضا المحقق به ، وأما هذا الذي جعلوه رضا شاء أم أبى ، وإن أدى إلى تلف ماله فمن غرائب الرأي وعجائب الاجتهاد ثم التفرقة بين تلف المال والنفس أغرب وأعجب ، ولا شك أن حفظ النفس مقدم على حفظ المال ، ولكن إضاعة المال منكر وحرمته مقترنة بحرمة النفوس كما في حديث : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " تقدم وهو حديث صحيح .

وأما قوله : " ومنه نقصان ماء الأرض ... إلخ " فمن التفريع المستغنى عنه .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٠) .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (١٨١١) وابن ماجه رقم (٢٩٠٣) من حديث ابن عباس وهو حديث صحيح وقد تقدم .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(***ولو خشي***) من الفسخ (***تلف ماله***) كما لو انكشف أن في الدابة عيباً والحمل عليها، فإنه إذا لم يطرحه ولو في القفر كان ذلك رضا بالعيب[أ] لا يثبت له معه رد، وقيل: لا يمنعه ذلك من الرد لأنه مغرور من جهة المؤجر، وما تلف عليه بسبب العيب فهو غرم لحقه بسببه فله تغريمه أيضاً، لكن هذا لا يتجه إلا فيما تقدم من العيب على عقد الإجارة لا فيما حدث بعدها، لا لو خشي من الفسخ تلف (***نفسه***) لو لم يركب الدابة فإن ركوبه عليها بعد العلم يعيبها لا يمنع الفسخ عند الأمان على نفسه لأنه يجوز تناول مال الغير لحفظ النفس كوجوب سد الرمق كما [٥٧١/٣] تقدم لا لحفظ المال وفيه ما تقدم .

(***وإلا***) يترك ماله بل حمله على المعيبة (***كان***) ذلك (***رضاً***) منه بالعيب يمنعه الفسخ (***ومنه***) أي من العيب (***نقصان ماء الأرض***) المستأجرة نازلاً[ب] من السماء

(أ) **قوله:** رضا بالعيب لا يثبت له معه رد، أقول: في "الغيث"[(١)] عن المنصور وأبي يوسف لا يجب عليه إلقاء الحمل إذا خشي تلف المال، ولا يكون حمله عليه رضى لأن في ذلك إضاعة المال، ولكن يجب عليه أجرة المثل.

قلت: وهو أقرب ما لم يخف من تحميل ماله على المعيب تلفه فإنه لا يحفظ ماله بإتلاف مال غيره [٥٧١/٣].

(ب) **قوله:** نازلاً من السماء أو نابعاً من الأرض، أقول: قال المصنف في "الغيث" على قوله نازلاً من السماء، لا يقال إن صاحب الأرض لا يقدر عليه، فإن المستأجر حين استأجر كان عالماً بذلك الحال فكأنه راض به، لأنا نقول المؤاجرة على هذا الوجه مضاررة، لأن الأجرة إنما تستحق في الإجارة الفاسدة بالانتفاع، وفي الصحيحة بالتمكن من الانتفاع، فإذا لم يكن شيء من ذلك فإيجاب الأجرة ظلم وعدوان، انتهى. وهو كلام حسن.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ١٩٢ - ١٩٣) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ١٩٥) .

أو نابعاً من الأرض، إذا كان ذلك الماء (***الناقص***) يوجب النقص (***للزرع***) فيخير بين الفسخ مع قلع الزرع وتسليم أجرة قدر ما استهلك من المنفعة أو الرضى بالعيب، إلا أن قلع الزرع إتلاف له فيأتي فيه ما في طرح المتاع في متلفه كما تقدم (**لا**) أن النقصان (***المبطل***[أ] ***له***) أي للزرع بالكلية (***أو لبعضه***) يوجب أجرة ما مضى، لأن ذلك من بطلان منفعة العين المستأجرة والمنفعة عوض الأجرة، فإذا بطل أحد العوضين بطل الآخر (**فتسقط**) الأجرة حينئذ كلها إن بطل كل الزرع .

(***أو***) يسقط من الأجرة (***بحصتها***) أي بحصة ما بطل إن لم يبطل إلا بعضه لكن[ب] لا معنى لنقصان الزرع إلا بطلان بعضه، فلا فرق بين المسألتين ثم المسألة بأطرافها فرع صحة المحاقلة، وقد عرفت أنها فاسدة فالرجوع فيها إنما هو إلى أجرة المثل لا إلى الأجرة المسماة على أن بطلانها بنقصان الماء من الجوائح، وقد تقدم حديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم أمر برفع الجوائح وقال" أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك" .

(أ) **قوله:** (لا) المبطل له، أقول: حذف في الأثمار "لا المبطل له أو بعضه فتسقط كلها أو بحصته" لأنه إذا بطل كله أو بعضه فقد بطل[1] الانتفاع، وقد فهم ذلك من السياق إذ قد تقدم أنه إذا تعذر الانتفاع قبل القبض بطلت، وبعده يصلحه المالك وإلا سقطت الأجرة قاله شارحه.

(ب) **قوله:** لكن لا معنى لنقصان الزرع، أقول: بل يقال قوله نقص الزرع يغني عن قوله أو بعضه إذ إبطال بعضه هو عين نقصانها، فكان الأولى أن يقال: ومنه نقصان ماء الزرع الناقص للزرع لا المبطل له، فتبطل كلها أو بحصته فيكون لفاً ونشراً مشوشاً كما لا يخفى، وحديث الجوائح تقدم الكلام عليه.

---

(١) انظر " شرح الأزهار " (٧ / ١٩٦) .

(***وإذ انقضت المدة***) المضروبة لإجارة الأرض (***ولما يحصد الزرع أو***) المضروبة لإجارة السفينة ولما (***ينقطع البحر***) وكأن تأخر الحصاد وانقطاع البحر (**بلا تفريط**) من المستأجر (**بقي**) المستأجر له من زرع [مزروع][1] أو غيره أو حمولة في السفينة في محله (***بالأجرة***) للمثل هذا ذكره المرتضى واحتج له المصنف بحديث: " لا ضرر[أ] ولا ضرار "[2] ولا ينتهض لأن الضرر حاصل على المالك بشغل ملكه فترجيح دفع

(أ) **قوله:** " لا ضرر ولا ضرار "، أقول: هو حديث أخرجه أحمد[3] وابن ماجه[4] عن ابن عباس[5]، وأخرجه أيضاً ابن ماجه[5] عن عبادة بن الصامت ولفظه عند الجميع: " لا ضرر ولا ضرار " أي: لا يضار الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حق ولا ضرار أي: لا يجازي على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين، هكذا فسره أئمة الحديث وبنوا أن المجازات

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) تقدم مراراً وسيأتي قريباً .

(٣) في " المسند " (١ / ٣١٣) .

(٤) في " السنن " رقم (٢٣٤١) .

قلت : وأخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٦٩) والطبراني في " المعجم الكبير " (ج ١١ رقم ١١٥٠٢) .

وهو حديث صحيح لغيره . وقد تقدم .

(٥) في " السنن " رقم (٢٣٤٠) .

قلت : وأخرجه أحمد (٥ / ٣٢٦ – ٣٢٧) والبيهقي (١٠ / ٣٣) وأبو نعيم في أخبار أصبهان (١ / ٣٤٤) .

وفي سنده انقطاع بين إسحاق وعبادة ، وفيه علة أخرى وهي جهالة حال إسحاق هذا .

قال الحافظ في " التقريب " رقم (٤٤٥) : مجهول الحال .

وقال البوصيري في "مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٢١) هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ... " .

وهو حديث صحيح لغيره .

ضرر غير المالك على دفع ضرره وإيجاب حق في ملكه بغير إذنه مما هو ظاهر المخالفة للقواعد لظهور كون ذلك غصباً مندفعاً بحديث: " ليس لعرق ظالم حق"[1] كما سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى.

واحترز بقوله: بلا تفريط عما لو كان تأخر الحصاد وانقطاع البحر لتركه البذر والسفر أول المدة حتى لم يكف بقيتها، أو استأجر مدة لا يحصد في مثلها الزرع ولا ينقطع البحر، فإنه لا يبقى له في المؤجرة حق البقاء وإن تلف ماله لا نفسه كما تقدم.

قلت: إذا كان تضييق مدة الإجارة تفريطاً كان ترك المستأجر للاحتياط بتوسيعها وقتاً يعلم فراغ المطلوب فيه تفريطاً أيضاً.

على الإساءة جائزة لا منهي عنها، بدليل﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾[2] فيحمل النهي على التنزيه والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه، وقيل الضرر ما تضربه صاحبك وتنتفع به أنت .

والضرار ما تضره من غير أن تنتفع به أنت، وقيل: هما بمعنى وتكريرهما للتوكيد .

وهذا البحث كما ذكره الشارح، وقياس ما سلف أن يقال: أما إذا خاف على نفسه في مسألة السفينة فله البقاء فيها كما سلف في مسألة الغصب كما سيأتي، وأما على ما له فلا إذ لا يحفظ مال نفسه بحبس مال غيره، هكذا قالوه ففرقوا بين النفس والمال، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم" إن الله حرم دماءكم وأموالكم "[3]الحديث يقتضي بأنه لا فرق بين حفظ المال وحفظ النفس.

---

(١) أخرجه الترمذي رقم (١٣٧٨) وقال : حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً

وأبو داود رقم (٣٠٧٣) ومالك (٢ / ٧٤٣ رقم ٢٦) عن هشام به مرسلاً وأبو عبيد في " الأموال " رقم (٧٠٤) والبيهقي (٦ / ٢٤٢) من طرق وهو حديث صحيح .

(٢) [سورة الشورى : ٤٠] .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

(**فصل**)

(***وإذا اكترى*** [١]) ولو قال كاري (***للحمل***) لكان[أ] أولى، لأن الاكتـــراء إنمـــا يتعدى إلى البهيمة فيتوهم أنه لا بد من ذكرها وليس بشرط لأنـــه إذا كـــارى (**فعين**

فصل وإذا حمل اكترى للحمل

(أ) **قولـه:** لكان أولى أقول: عبارة "الأثمار "ومن أجر وقوله: إنما يتعدى إلى البهيمة يعني: عند قرينة أن المراد الحيوان وإلا فإنه يتعدى إلى الدار ونحوها، إلا أن المصنف قال في "الغيث "[٢] إذا اكترى البعير أو الدابة للحمل فعداه إلى الحامل، ولا شك أن الأولى ما ذكره الشارح رحمه الله لزوال الوهم، وقد صرح الشارح بأن تعيين المحمول تثبت له هذه الأحكام سواء عين الحامل أم لا، فلك أن تحمل ذكره الدابة على التمثيل لا التقييد والاشتراط.

---

(١) قوله : فصل " وإذا اكترى ٠٠ إلخ " ٠

أقول : مجرد استئجار على أن يحمل له شيئاً على دابته أو على ظهره ليس فيه ما يدل على تضمينه لا بمطابقـــة ، ولا تضمن ، ولا التزام ، ولا ورد بذلك شرع ولا دل عليه رأي صحيح ، ولا عقل ، بل غاية ما يجب على هذا الأجـــير هو إيصاله إلى المكان الذي عينه المالك ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط ، فإن التضمين حكم شـــرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام ، فلا يجوز إلا بحجة شرعية ، وإلا كان ذلك من أكل أموال النـــاس بالباطل ، وإذا عرفت أن الإجارة إنما هي على إيصال الشيء المحمول إلى المكان الذي وقع التواطؤ عليه فقـــد صـــار ذلك واجباً على الأجير سواء كان على حامل واحد أو أكثر وإذا تلف الحامل لزمه إبداله وله أن يستنيب من يســـير مع الدابة الحاملة ، ولا وجه لإيجاب السير عليه وله أن يحمل غيره على تلك الدابة أو غيرها ، ولا وجه لمنعـــه مـــن ذلك ، ولا يستحق الأجرة إلا بإيصاله إلى المكان المعين ، فإن تلف الحمل دونها بغير جناية منه ولا تفـــريط اســـتحق حصة ما قد قطعه من المسافة ، ولا فرق بين أن يكون المعين هو الحامل أو المحمول ، فإن الكـــلام في الجميـــع هـــو ماذكرناه ، ولا وجه للفرق إلا مجرد خيالات لا يحل بناء أحكام الشرع عليها إلا أنه إذا استأجر الدابة لحمل ذلـــك الحملُ المعين إلى المكان المعين ، فليس لمالكها أن يحمل عليها غيره ،لأن منافعها قد صارت مستحقة للمستأجر ولكنه لا يحمل فوقها غير ما عينه ، فإن خالف وتلفت بسبب المخالفة ضمن الدابة بسبب جناية عليها بالزيادة ٠

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٠ – ٧٥١) ٠

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٠٢ – ٣٠٢) ٠

المحمول) سواء عين الحامل أولاً صح و(***ضمن***)[أ] المكري ذلك المحمول عكس ما لو عين الحامل وحده كما سيأتي.

قال المصنف: ووجه الضمان أن العرف في تعيين المحمول يقضي بأن القصد مجرد الحمل فيلغو تعيين الحامل فيصير المكري أجيراً مشتركاً وسيأتي وجه ضمانه[ب] إلا أنه ينبغي أن يقيد ضمانه بما إذا كانت اليد على المحمول له ليكون ذلك قرينة على كون تعيين الحامل لغواً فيساوي المشترك الذي يضمن (***إلا من الغالب***)[ج] كما سيأتي، وقد عرفت أن مناط كونه مشتركاً ليس تعيين المحمول فيه لأنه طرد في العلة لوجوده في بعض صور الخاص مع عدم ضمانه، وإنما مناط الضمان جعل المكري مفعولاً[د] لفعل الإجارة نحو استأجرتك على[٥٧٢/٣] أن تحمل لي هذا الحمل على هذه البهيمة، فلو جعلت البهيمة هي المفعول نحو أن يقول استأجرت منك هذه البهيمة على أن تحمل لي فوقها هذا الحمل كانت من إجارة الأعيان المتقدمة ولغا ذكر غيرها كما لغا ذكر غير المكري في المثال الأول، وسيأتي مثله في ذكر المدة والعمل .

(أ) **قوله:** [و][1]ضمن المكري ذلك المحمول، أقول: هذه أولى من عبارة "الغيث"[2]، فإنه قال: أي ضمنه الحامل له.

(ب) **قوله:** إلا أنه ينبغي أن يقيد، أقول: قد قيده في الفتح بذلك فقال: ضمن غير الغالب إن كانت اليد له أي للأجير، انتهى.

(ج) **قوله:** إلا من الغالب، أقول: حذفه الأثمار، قال شارحه اكتفى بما سيأتي ذكره.

(د) **قوله:** مفعولاً لفعل الإجارة، أقول: أي مفعولاً به وكان عليه تقييده، لأنه عند الإطلاق ينطلق إلى المفعول المطلق، ثم إنه لا يخفى أنه في صورة الخاص مفعول به، ويأتي تمثيل الشارح بقوله استأجرتك هذا اليوم في صورتيه جميعاً، صورة ذكر المدة وحدها وذكرها مقدم على العمل [٥٧٢/٣].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٠٢ – ٢٠٣) .

(**و**) لكونه يتعلق فعل الإجارة به صار مشتركاً (**لـزم**) أن يثبت عليـــه أحكـــام المشترك التي منها (**إبـدال حـامـلـه**)(أ) أي الحامل المعين للحمل (**إن تـلـف**) لأن تعيينـــه لغي بتعليق فعل الإجارة بالمكري، وإما قوله أنه يبدلـــه (**بلا تفويت غرض**) علـــى المستكري فمبني على(ب) أن تعيين الحامل ليس يلغو وإن الغرض عين عند الإجـــارة، وإلا فلا يجب إلا مطلق الحمل على أي وجه إذ المطلق لا يدل على خصوص المقيد حتى يلـــزم الغرض الذي يريده المستكري بمجرد إطلاق الحمل [بكونه صار مشتركاً][1] (**و**) منها أنه يلزمه (**السير معـه**) أي مع الحمل ولا يستنيب لأن فعل الإجارة متعلق بـــه، إلا أن يجري عرف باستنابته كمن اشتهر بالمقاطعة على الحمائل والاستنابة فيها.

(أ) **قـال:** [و][1]لزم إبدال حامله، أقول: عبارة "الأثمار" وله إبدال حامله، قال شارحه: ولو لغير عـــذر وهذا مزيد من المؤلف عليه السلام.

قلت: فكانت الأحكام ستة كما عدها شارح "الأثمار" وداخلها صاحب "الفتح " فجعلها خمسة[2].

(ب) **قولـه:** على أن تعين الحامل ليس بلغو، أقول: في شرح "الأثمار" إن هذا حيث تعين الحامـــل مـــع المحمول، فأما لو تعينت الأحمال فقط فله الإبدال، ذكره في تعليق التذكرة وهو يُروى عـــن الفقيـــه "ف"، انتهى. قال شارح "الأثمار": ولا يخلو من نظر.

قلت: كأنه يريد ما ذكره الشارح من أنه مبني على أنه لا يلغو ذكر الحامل، وقـــد قيـــد بـــالتعيين "الفتح "ولم يبال بالنظر.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظرها في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٠١ – ٢٠٤) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٠٤ – ٢٠٥) .

(**و**) أما أن المكتري[أ] (**لا يحمل**) المكري (**غيره**) أي غير الحمل، فواضح لأن عقد الإجارة إنما كان على حمل مخصوص .

(**وإذا امتنع المكتري**) من تحميل ما اكترى له بعد عقد الإجارة (**ولا حاكم**) يجبره بناء على أن عقدها واجب من كلا الطرفين (**فلا أجرة**) للمكري لأنه إنما يستحقها بتسليم العمل ولا عمل، والمكتري لم يغصب عليه بامتناعه عيناً ولا منفعة .

(أ) **قوله:** وأما أن المكتري أقول: لفظ "الفتح" ومنها أنه ليس لأيهما المكري والمكتري تحميل غير ما قد عين، قال في شرحه وثني الضمير حتى يعود إليهما إذ لا وجه لقصره على أيهما، كذا لفظ شرح "الفتح "وأظنه على أحدهما كما في شرح "الأزهار" [1]وإن كان يمكن حمل كلام الأزهار على العموم بأن يبنى لما لم يسم فاعله، فيرتفع التخصيص كما قصده "الأثمار" ، انتهى.

قلت: وهذا بناء على عدم ثبوت كيفية اللفظ، وفات ابن بهران النكتة التي غير "الأثمار" لها الفعل حيث قال: فلا يحمل على غير الحمل الذي عينه، انتهى. فأتى بمثل عبارة رفو شرح "الأزهار" في الاقتصار ولم يتنبه لنكتة عدول "الأثمار"، وأما الشارح فعبارته كعبارة الرفو فيرد عليه ما أورده صاحب "الفتح" .

واعلم أنه لم يقم دليل على قولهم أنه إذا عين المحمول فقط فلا يحمل المكري غيره، فإنه إذا أكرى زيد من عمرو على حمل قدح حنطة مثلاً إلى قريته فلا يحمل المكري على جمله أو بهيمته غيره فإنه لم يظهر لي وجه تحجره بالكرى على القدح الحنطة لمنافع الجمل، حتى لا يحمل عليه إلا ذلك القدح، ولأن المقصود للمكتري إبلاغ حنطته إلى قريته على أي وجه وعلى أي دابة، فما الذي حجر على مالك الدابة منفعة ظهرها الفاضل عن قدر حمل القدح، بل ظاهر عباراتهم أنه إذا عين المحمول ولو كان رطل عطب فإنه لا يحمل المكري على جملة غيره فلينظر.

وأما قول الشارح في تعليله أن العقد إنما كان على حمل مخصوص فيقال: نعم لا على حامل مخصوص، فيخص تحمله لما عينه فأين علة المنع عن حمله لغير ما عينه من المحمول فتأمل.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٠٦ – ٢٠٧) .

(**والعكس**) لهذه الأحكام (***إن عين الحامل وحده***) نحو استأجرت منك هذه البهيمة لحمل كذا من موضع كذا إلى موضع كذا (***إلا لشرط أو عرف في***) اعتياده (***السوق***) لبهائمه فإنه يجب عليه السوق تقييداً للمطلق بالعادة (**فيتبعه ضمان الحمل**) إذا كانت اليد له عليه لأنه صار كالمشترك.

(**و**) معين الحامل إذا خالف ما عين من حمل أو طريق أو صفة فإنه (**لا يضمن بالمخالفة**) إذا كانت (***إلى مثل الحمل أو المسافة قدراً***) في الوزن (**وصفة**) من خشونة وملاسة ونحوهما، وكذا لو كان قدر المسافة مستوياً ولكن اختلف بالتوعر والسهولة لأنه يختلف تضرر الحامل باختلاف مثل ذلك .

(**فإن زاد**) في الحمل والمسافة (**ما يؤثر**) مثله في البهيمة (**ضمن الكل**) من قيمة البهيمة لو تلفت بمثل ذلك قدر[أ] ما نقص به من قيمتها، وقال أبو حنيفة[1] إنما يضمن من قيمتها لو تلفت قسط الزيادة من الحمل [قلنا][2] -لنا- أن الفرض[ب] أنها إنما تلفت بالزيادة فهي مستقلة بسببية الإتلاف.

[أ] **قوله:** قدر ما نقص به من قيمتها، أقول: هكذا في النسخة التي عليها خط الشارح فأظنه سقط لفظ "لا" أي لا قدر ما نقص به لأنه المراد، واعلم أن في تقدير المؤثر أقوالاً، فقيل: هو ماله وحده كرى، وقيل: ما لا يحمل مع الحمل المسمى إلا بزيادة في الأجرة، وقيل: ما تحس به البهيمة مع الحمل الذي توقرها وقيل: لا بد أن تكون الزيادة مؤثرة بالإجماع.

(ب) **قال:** لنا أن الفرض.. إلخ، أقول: استدل له في "الغيث" بقوله: حجتنا أنا نعلق الضمان بالمتعدي كما نعلق الضمان بالحافر في الطريق إذا تردى فيها مترد من غير أن يرديه أحد مع أن الهلاك حصل بالتردي والحفر جميعاً ومثله في شرح "الأثمار".

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٣١٠ - ٣١١).

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

وأجيب: بأن العلة مركبة من الزيادة والمزيد عليه، إذ لو انفردت الزيادة عن الحمل لم تتلف البهيمة، وأجيب بأن علية الوصف قد تكون بشرط والتخلف عند عدم الشرط ليس بقادح في العلية [و][1] .

(**و**) يضمن أيضاً مع ضمان البهيمة (***أجرة***) مثل تلك (***الزيادة***[أ] ***فإن***)

(أ) **قال:** وأجرة الزيادة، أقول: لم يتكلم الشارح على قدرها، وفي شرح "الفتح" أن في "الغيث" وتعليقه "ابن مفتاح "[2] أن في المسألة لأصحاب الشافعي ثلاثة أقوال:

الأول: أجرة المثل.

والثاني: المسح والزائد للزيادة، كما لو تميزت وهو الذي يفهم من "الأزهار" في التعليقة، ولعل الفرق بين هذين القولين أن على الأول أجرة المثل.

قلت: أو كثرت وعلى الثاني الأكثر .

(القول الثالث) أن المالك مخير بين أخذ أجرة المثل أو المسمى مع الزيادة، قال في "الغيث": والأقرب للمذهب القول الأول وهو أجرة المثل مطلقاً.

قال المؤلف في حاشية الغيث على ذلك، لكن هذا إنما يستقيم حيث تكون الزيادة غير متميزة كما إذا حمل مائة رطل حديداً، وقد أستأجره على مائة رطل تمراً، وقال عليه السلام إن كانت من أول الأمر كطريق أصعب أو حمل مخالف أو حث السير زائداً على المعتاد أو نحو ذلك قالوا فبأجرة المثل من أول الأمر مطلقاً .

وإن كانت متميزة كأن يحمل أكثر أو يسير أكثر فإنها تلزم المسماة للمسمى، وللزيادة أجرة المثل وهذا هو الذي يحمل عليه تلك الإطلاقات من دون تناقض.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " شرح الأزهار " (لابن مفتاح) (٧ / ٢٠٩ – ٢١٠) .

كان الذي (**حملها**) البهيمة هو (**المالك**) بنفسه بأن رفعها إلى ظهرها بيـــده (**فلا ضمان**) على المستأجر لأنه ليس بمباشر ولا مسبب (**و**) لكن[أ] (**لو**) رفــع المالـــك

قلت: والذي رأيته في "النجم الوهاج "[1]شرح "المنهاج "للدميري ما لفظه، ولو اكترى لجمل مائـــة فحمل مائة وعشرة لزمه أجرة المثل للزيادة، أي: مع المسمى لتعديه بذلك، والثاني: يلزم أجرة المثل، والثالث: يخير بين المسمى وما حصل على الدابة من نقص وبين أجرة المثل، والرابع: يخير بين المسمى وبين أجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع ، انتهى .

فإذا عرفت انضراب هذه الأقوال وتعارضها عرفت صحة ما ذكره المؤلف لموافقته بالقواعد، وهذا زبدة ما حققه في الوابل فافهم.

(أ) **قولـه:** ولكن لو رفع المالك الحمل جاهلاً.. إلخ، أقول: هذا خلاف ما فسر به المصنف كلامه، فإنه قال: ولو كان المالك جاهلاً للزيادة يعني فإنه لا ضمان، ولكن المستأجر يكون عاصياً لكونه أوهـــم عدمها أو أن ذلك أمر يسير، وإنما لم يضمن المستأجر بأنه لا حكم لفاعل السبب مع المباشر، انتهى.

نعم هذه فائدة أدمجها الشارح في حل المتن مأخوذة من "البحر"[2]، لكنها فوتت ما أريد إفادة تلـــك الجملة له من أنه لا أثر للجهل، وههنا فوائد .

الأولى إذا ردت الدابة راكبها إلى موضع الابتداء فلا أجرة عليه إن كان بجموحها ولم يمكنه الـــنزول وخشي عليها لو نزل لا لسوء ركوبها أو لتخليته إياها فيلزمه الأجرة ذكـــره المرتضـــى [٣/٥٧٣] وكذا في السفينة لو ردتها ريح ولو بعد بلوغ الغاية في الأصح .

والثانية: قال المرتضى من اكترى إلى مكان يشتمل على مواضع كإلى خراسان فســـدت للجهالـــة والتشاجر، وقال الشافعي[3]: بل تصح وتعين أول قرية منه، وقال أبو حنيفة [4]بل موضع المكتري، قيل فأما إلى موضع قرية أو مدينة فإلى منزل المكتري اتفاقاً للعرف .

---

(١) (٥ / ٣٨٠) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٤٣ – ٤٤) .

(٣) " البيان " للعمراني (٧ / ٣١٢ – ٣١٣) .

(٤) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٣١٨ – ٣١٩) .

الحمل (**جاهلاً**) أن فيه زيادة على المعقود عليه كان مغروراً من جهة المستأجر فيرجع عليه إن قصد التغرير (**فإن شورك**) المالك في رفع الحمل إلى ظهر الدابة (**حاص**) المشارك أي ضمن كل منهما قدر حصته فعله (**وكذا**) حكم الزيادة (**في المدة والمسافة و**) المستأجر (**لا**) يضمن (**بالإهمال**) للدابة الموجب لتلفها إذا كان إنما أهملها (**لخشيته تلفهما**) معاً، أما لو لم يكن إلا لخشية تلف نفسه ضمن إذ ليس له أن يحفظ نفسه بإتلاف مال غيره، وهذا للمؤيد[1] بالله قياس [٥٧٣/٣] قوله في سد رمق محترم الدم أنه يصح الرجوع عليه.

(**ومن اكترى**) بهيمة (**من موضع**) كالمدينة (**ليحمل من آخر**) كمكة (**إليه**) أي إلى المدينة راجعاً (**فامتنع**) من التحميل (**أو فسخ**) في مكة (**قبل الأوب**) إلى المدينة (**لزمت**) الأجرة (**للذهاب**) من المدينة إلى مكة لأنه بعقد الإجارة على البهيمة شغل ظهرها.

هذا (**إن**) كانت الإجارة فاسدة أو صحيحة وذكرت المقدمات و(**مكن**) المؤجر المستأجر من البهيمة (**وخلى له**) ظهرها في الذهاب والأوب (**وإلا**) يمكنه ولا يخل له ظهرها بل شغل ظهرها (**فلا**) أجرة للذهاب لأن الذهاب مقدمة من مقدمات المقصود وقد فات، والمقدمات إذا لم تذكر في الإجارة الصحيحة لا شيء فيها عند فوات المقصود بغير اختيار الأجير فضلاً عما إذا فوته باختياره.

الثالثة: لا يصح الاكتراء للركوب إلا مع تبين جنس المركوب لاختلافه، بخلاف الاكتراء للحمل إذ المقصود التأدية وإذا اكترى ليركب على الدابة مسرجة لم يكن له أن يركبها عرياناً والعكس.
الرابعة: من اكترى دابة للحرث اشترط مشاهدة الأرض لاختلافها في الصلابة، ويصح الاستئجار للحرث وإن لم يعين ما يحرث به كالحمل وإن لم يعين الحامل إذا صار العمل معلوماً.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢١٣).

باب إجارة الآدميين[أ]

(أ) **قوله:** باب إجارة الآدمين: أي إجارة الآدمي آدمياً آخر فهو مضاف إلى فاعله أو مفعوله.

(فصل)

ينقسم الأجير إلى خاص بالمستأجر ومشترك بينه وبين غيره.

وفي قول للشافعي[1] لا وجه للقسمة لأن إفراد المدة بالذكر وإن دل على الخصوصية، وإفراد العمل وإن دل على اشتراك فجمعهما يؤدي إلى أن يكون خاصاً مشتركاً وهو جمع للضدين، أو الحكم بأحدهما معيناً وهو تحكم لحصول خاصة كل منهما.

قلنا: (**إذا ذكرت**)[أ] في العقد (***المدة وحدها***) من دون العمل نحو[ب] استأجرتك هذا اليوم (***أو متقدمة على العمل***)[ج] نحو استأجرتك هذا اليوم على عمل

(أ) **فصل:** إذا ذكرت المدة وحدها، أقول: في "الغيث"[2] فإن قلت كيف تصح هذه الإجارة ولم يبين للأجير العمل، قلنا إن كانت منافعه متساوية وليس له إلا منفعة واحدة فلا إشكال في صحتها ويستخدمه في أيها شاء، وأما إذا اختلفت صنعته ومضرها كانت فاسدة انتهى، وفي الأثمار والفتح ذكر المدة وحدها خاصة الخاص وذكر العمل وحده خاصة المشترك.

(ب) **قوله:** نحو استأجرتك هذا اليوم، أقول: في "النجم الوهاج "[3]قال الشيخ إذا قلت أجرتك سنة فسنة مفعول ثان أي منافع سنة ولا يصح أن يكون ظرفاً لأجرتك لأن أجرتك إنشاء والإنشاء لا زمان له، وإنما المعنى جعلتها مؤجرة منك سنة أو أجرتك منفعتها أي الانتفاع بها سنة، والعامل في سنة الانتفاع، انتهى.

قلت: وهو كلام صحيح، وأجرتك واستأجرتك وإن كان لفظهما خبراً فهما إنشاء مثل بعت واشتريت.

(ج) **قوله:** أو متقدمة على العمل، أقول: عبارة الأثمار والفتح فإن ذكرا معاً فبجنس العمل خاص

---

(١) " روضة الطالبين " (٥ / ١٧٣ – ١٧٤) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢١٧ – ٢١٨) .

(٣) (٥ / ٣٣٨ – ٣٣٩) .

كذا (**فالأجير خاص**) بالمستأجر لا يشاركه في منافعه أحد في تلك المدة أما مع أفراد المدة فاتفاق، وأما مع ذكر العمل معها فإنه وإن خالف فيه المؤيد[أ] ومن معه كما سيأتي فجعل الحكم للمتقدم ذكراً منهما يدفع التحكم لأن التقدم دليل....

مطلقاً والعمل صفة للمدة ولفظ الفتح فإن ذكرا معاً فبجنس العمل خاص ولو تأخرت المدة في الذكر كأجرتني نفسك على أن تخيط لي هذا اليوم، فإن تأخرها لا يضر ويكون ذكر العمل حينئذ صفة لها أي للمدة فكأنه وصف ما يصنع في هذا اليوم وليست صفة حقيقية مقيدة لموصوفها إذ هي في الحقيقة صفة للمقصود الذي هو العمل.

وإنما المدة توقيت لئلا يجهل العمل من كل وجه إذ لو تركت المدة لم يعلم للخياطة مثلاً انتهاء، وإن كان ظاهر التذكرة و"الأزهار"اعتبار التقدم، انتهى. ثم قال في "الأثمار" وبتعيينه أي الجنس مشترك مطلقاً والمدة صفة للعمل، وفي شرح "الأثمار" ما لفظه "قال في الشرح وإنما عدل المؤلف عن عبارة "الأزهار" وغيره من كتب المذهب إلى هذا التقسيم لمناسبة قواعد المذهب وموافقة ما ذكره المتقدمون إذ قد ذكر أبو مضر والقاضي[1] زيد وعلي خليل والفقيه [2]ح وأبو يوسف ومحمد أن المراد بالتعريف للعمل والمدة التعيين سواء حصل بالتعريف النحوي بالألف واللام كهذه المدة أو بغيره مما يتعين ابتداء أو انتهاء من غير إيهام كقوله يومين بتعيين العمل كهذا الثوب وهذه الجربة أو نحو ذلك، وتعيين المدة كهذا اليوم أو يوماً لأن المدة تكون من وقت عقد الإجارة وتنكير العمل كان يذكر جنسه فقط كعليٍّ الحراثة أو الخياطة أو الرعاية أو نحو ذلك، ولا يعين ما يخيط ولا ما يحرث ولا ما يرعى وتنكير المدة كأن يقول أي يوم شئت أو يوم من الأيام أو أي شهر شئت، ولا فرق عندهم بين أن يقدم ذكر المدة ويؤخر العمل أو العكس فلو استأجر هذا اليوم يخيط فيه هذا الثوب فمشترك ويلغو ذكر المدة ويكون ذكرها صفة للعمل .

فإذا عرفت ذلك علمت أن كلام المؤلف في "الأثمار" هو المراد من كلام أهل المذهب شامل لجميع الأطراف خالص عن الانتشار والتردد والتناقض والاضطراب والاختلاف، انتهى.

(أ) **قوله:** وإن خالف فيه المؤيد، أقول: سيأتي اختلاف النقل عن المؤيد في هذا.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢١٨) .

(٢) أي : حسن .

الاهتمام وفيه نظر[أ].

وللخاص أحكام منها أن (*له الأجرة بمضيها*[1]) أي بمضي المدة وإن لم يعمل

(أ) **قوله:** وفيه نظر، أقول: يأتي بيانه في الفصل الثاني.

---

(١) وأما قوله : " وله الأجرة بمضيها " فلا وجه له لأنه خلاف مقصود المستأجر ، فإنه إنما أراد استئجاره على عمل في تلك المدة المعينة لا مجرد كونه أجيراً له بغير عمل فيها ، فإذا لم يعمل لم يستحق شيئاً ، وإن عمل وفرط في العمل فلم يعمل إلا بعض ما يقدر عليه من العمل في العادة فليس له إلا قدر أجرة عمله ، وأما إذا ذكر العمل مع المدة فذكره معها قرينة دالة على أن المراد عمل ذلك المسمى ، فإذا فرغ منه في بعض اليوم فقد انقضت الإجارة ، وسواء تقدم ذكر العمل أو تأخر ، وإذا تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها فلا ضمان عليه إلا لجناية أو تفريط على ما قررناه من قبل هذا الباب .

- واعلم أن الفرق بين تقديم العمل وتأخيره كما في هذا الفصل ، والفصل الآتي بعده ، وجعل ذلك مقتضياً لتسميته أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً هو كله ظلمات بعضها فوق بعض ، وتلاعب بأحكام الشرع بلا سبب لامن شرع ، ولا من لغة ، ولا من عقل ، ولا من رأي صحيح ، وحاصل ما ينبغي الاعتماد عليه في هذا أن استئجار الأجير على عمل يقتضي استحقاقه للأجرة المسماة بفراغه منه إلا أن يشترط عليه التمام للعمل في مدة معينة ، وإلا فلا أجرة له ورضي لنفسه بذلك لزمه حكم ما رضي به ، وإن لم يرض استحق الأجرة بتمام العمل سواء طالت المدة أو قصرت ، وإذا عرفت هذا هان عليك ما ذكره المصنف وغيره من هذه التفاصيل والتفاريع التي لا يفوح منها رائحة من روائح العلم ، ولا يلوح عليها نور من أنوار الشرع فاضرب بما ذكره – من الفرق بين تقديم العلم على المدة وتأخيره عليها ومن الفرق بين الخاص والمشترك ومن الفرق بين تعريف العمل وتنكيره وبين الأربعة ومن عداهم – وجه من جاءك محتجاً به معتقداً أنه من هذه الشريعة الواضحة التي ليلها كنهارها ، وقل له من استأجر أجيراً على عمل كان عليه أجرته وعلى الأجير عمل ما ستؤجر عليه على الوجه الذي وقع به التراضي والتواطؤ عليه ، وما ذكره الأجير أو المستأجر فما فيه زيادة على ذلك من تعيين مدة أو اشتراط كون العمل صفة معروفة أو نحو ذلك كان ما تراضيا عليه لازماً لهما لا يجوز لهما المخالفة له ، ولا الخروج عما يقتضيه ، وقد قدمنا لك أنه لا يضمن إلا لجناية أو تفريط أو شرط عليه ورضا به وقد ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه استأجر على عمل واستؤجر عليه كما قدمنا ومن استئجاره صلى الله عليه وآله وسلم على عمل ما أخرجه أحمد و أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن سويد بن قيس : " جلبت أنا ومخرمة العبدي بزاً من هجر ، فأتينا مكة فجاءنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يمشي ، فساومنا سراويل فبعناه ، وثم رجل يزن بالأجرة فقال له : زن وأرجح " وصححه الترمذي ، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه أيضا من حديث أبي صفوان بن عمير ، قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٢ – ٧٥٤) .

(**إلا أن يمتنع**) من العمل كان غاصباً لمنفعته على المستأجر (**أو يعمل للغير**) كان كما لو شغل ظهر الدابة كما تقدم .

(**و**) إذا حصل أجرة من الغير كانت (**الأجرة له**) وقيل بل للمستأجر الأول لأنها صارت مستحقة له قال المصنف والقياس يقتضيه، وأجيب بأن الضمان إنما يتبع الملك لا الاستحقاق والمستأجر لا يملك إلا ما قبض من المنافع .

(**و**) منها أنه (**لا يضمن**) وفي قول للشافعي[أ] يضمن كالمشترك بجامع العمل لطلب الأجرة، قلنا ثبوت يد المستأجر على كل منافعه يصيره كالعبد، وأجيب بأن العبد إنما لم يضمن لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف الأجنبي فلا يد[ب] على حر مكلف اتفاقاً (**إلا**) إذا تلف ما في يده (**لتفريط**) أو تعد ضمن لذلك ضمان الوديع أو اشتملت إجارته على (**تأجير**) له (**على الحفظ**) ضمن ضمان المشترك .

(**و**) منها أنه (**يفسخ معيبه ولا يبدل**) كما في إجارة الأعيان المقدمة .

[(أ) **قوله:** وفي قول للشافعي يضمن كالمشترك ، أقول : يأتي أن الفريقين لا يقولون بالتضمين في المشترك][1] .

(ب) **قوله :** فلا يد على حر مكلف اتفاقاً، أقول: يؤخذ من سكوته على هذا الرد ترجيحه لتضمين الخاص وهو قول الشافعي كما في "الغيث"[2]، واستدل له ولتضمين المشترك .

قوله : أيضاً بأن في مقابلة الأجرتين شيئاً مضموناً وهي الأجرة، وأحد قوليه أنه لا ضمان عليهما لأنه قبض الأجير العين لمنفعته ومنفعة المالك فأشبها المضاربة، انتهى. قلت: لا يخفى على الناظر أن أدلة التضمين قياسية شبهية يقف المتدين عن الجزم بالحكم بها ويأتي في تضمين المشترك ما تسمع منه عدم الدليل الناهض [٥٧٤/٣].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٢٠ – ٢٢١) .

(**ويصح**) استئجار الآدمي(**للخدمة**) من غير تعيين ماهيتها ولا كميتها ولا كيفيتها (**و**) عليه أن (**يعمل المعتاد**) قيل أي ما يعتاده الأجير نفسه ولا وجه له إذ التقييد إنما يكون بعادة الطالب للعمل كما في الأمر والنهي فإن من قال لغيره اشتر لحماً وعادة الآمر لحم الضأن وعادة المأمور لحم البقر لا يتقيد المطلق إلا بعادة الآمر لأنه صار كالحقيقة العرفية، وإنما ينصرف إلى عرف من خاطب بها لا من خوطب بها لكن إذا كان معتاد المستأجر غير مقدور للأجير فسدت الإجارة ولا حاجة إلى قوله (**والعرف**) [٥٧٤/٣] لأن العرف هو المعتاد (**لا**) أنه يصح الاستئجار (**بالكسوة والنفقة للجهالة**) ولا وجه[أ] للفرق بين الأجرة والعمل في تعيين المعتاد في أحدهما دون الآخر

(أ) **قوله:** ولا وجه للفرق.. إلخ، أقول: في شرح الأثمار أنه قال مالك والحسن بن صالح وابن شبرمة يصح ذلك لظاهر الآية، قلت: كأنه يريد بالآية آية الرضاع،﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1] قال عليه "المنار"[2]: لا تسلم الجهالة فيه لقوله تعالى: (بِالْمَعْرُوفِ) فكيف يقال لما سماه الله [تعالى][3] معروفاً مجهولاً، ونظيره نفقة الزوجة وكسوتها فإنما أحيلت على المعروف ولا شك أن معرفة أحوال الناس كالفقر والغنى وأحوال البلدان وما يليق وما يعد خرقاً أو تغييراً تعين ما ينبغي ولذا يسمى معروفاً أي تعرفه العقول ولا تنكره وعلى ذلك أحيل عدة أحكام كالضيافة وحقوق ذي الحقوق من أعلاها كالوالدين إلى الجار الجنب والصاحب بالجنب، وسائر المسلمين، انتهى.

---

(١) [سورة البقرة : ٢٢٣] .

(٢) (٢ / ٩٤) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

لأن الإجارة واردة على خلاف قياس البيع (**والظئر**[أ]) المستأجرة لإرضاع ولد غيرها (**كالخاص**) لأنه لا بد في إجارتها من ذكر المدة التي هي خاصة الخاص فيغلب ذكرها على ذكر العمل.

وإذا كانت كالخاص (**ولا تشرك في العمل**) الذي يرجع إلى كمال الحضانة (**و**) لا في (**اللبن**) تقييداً بالعادة ولا حاجة إلى قوله: (**وإذا تعيبت**) لمرض أو حبل أو خيانة (**فسخت**) لأن ذلك حكم الخاص وقد قاسها عليه (**إلا**) أنها تخالفه في (**أنها تضمن**) ما ثبتت يدها عليه كطفل مملوك وأما الحر فلا تثبت يدها عليه خلافاً للمرتضى وإنما تضمن (**ما ضمنت**) فقط وقيل تضمن مطلقاً كالمشترك إذ لها أن تعمل للغير ما لا ينقص الحضانة بخلاف الخاص.

(أ) **قوله:** والظئر كالخاص، أقول: في شرح "الأثمار" والظئر[1] مهموز هي التي ترضع ولد غيرها ومعنى الظأر العطف يقال ظأرت الناقة إذا عطفت على ولدها السقب وهو الصغير من أولاد الإبل، قال في "الانتصار"[2] أنه لا بد في إجارة الظئر من ذكر المكان هل في بيتها أو في بيت الصبي لأن الأغراض تختلف في ذلك وقد تقدم في باب الحضانة أن لها نقله إلى مقرها غالباً وأن عليها الإرضاع والقيام بما يصلحه من غسل ودهن لا الأعيان إلا ما خصه الإجماع.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ٥٥٥) .

(٢) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٢٥) .

(فصل)

(*فإن قدم*) في العقد ذكر (*العمل*) قبل ذكر المدة نحو استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم أو ذكر العمل بدون ذكر المدة (*فمشترك*) أي: فالأجير لا يختص به ذلك المستأجر (*وتفسد*) الإجارة (*إن نكر*) العمل[أ] مقدماً على المدة نحو على عمل أو خياطة ثوب هذا اليوم بشرط أن تكون المدة معمولة لفعل الإجارة لا لو كانت معمولة لفعل العمل وإنما فسرت (*مطلقاً*) سواء كانت في إجارة الأربعة الأجراء الآتي ذكرهم أو في غيرها لأن ذكر العمل خاصة المشترك، وذكر المدة خاصة الخاص فيؤدي[ب] إلى أن يتمسك كل من المستأجر والأجير عند الاختلاف بخاصة تباين أحكامها أحكام الأخرى فيحصل الفساد سواء نكر العمل (*أو عرف*) مقدماً على المدة نحو استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم .

وقال المؤيد والإمام يحيى[1] وأبو يوسف ومحمد لا تفسد[ج] لنا . . . .

فصل

(أ) **قوله:** مقدماً [2]على المدة، أقول: إن قدم المستأجر المدة معرفة صح وكان خاصاً ولو نكر العمل كما في " الغيث " عن التذكرة.

(ب) **قوله:** يؤدي إلى أن يتمسك.. إلخ، أقول: قد علله في "الغيث" بقوله لأن في ذلك جهالة تؤدي إلى الشجار في قدر العمل ولا أحفظ في ذلك خلافاً.

(ج) **قوله:** لا تفسد، أقول: بل تصح ويلغو ذكر المدة واستدل له في "البحر" [3]بقوله إذ المقصود العمل والمدة لم تكسبه جهالة.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٧) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٠٣ – ٣٠٤) .

(٣) (٤ / ٥٧ – ٥٨) .

ما تقدم[أ] قالوا لازم لكم مع تقديم المدة[ب] قلنا تقديمها دليل الاهتمام بها قالوا العمل المتأخر[ج] قيد للمتقدم فإهداره يستلزم إهدار اشتراط الإيمان في رقبة الكفارة قلنا وأهدرتم ذكر المدة فهو مشترك الإلزام فما هو جوابكم فهو جوابنا.

(أ) **قوله:** لنا ما تقدم، أقول: من أنه يؤدي إلى أن يتمسك كل من المستأجر والأجير.

(ب) **قوله:** مع تقديم المدة يعني في الأجير الخاص حيث قال استأجرتك هذا اليوم على عمل كذا فإنكم صرحتم بصحته مع أنه ذكر فيه الخاصتان ورد الإلزام بأن تقديم المدة دليل الاهتمام بها فالحكم للمتقدم وهو هنا العمل وفي الخاص المدة.

(ج) **قوله:** العمل المتأخر قيد للمتقدم، أقول: يريد أنه من باب الإطلاق والتقييد يعني في الخاص، فإن قوله هذه المدة مطلق قيد بقوله على عمل كذا كما قيدت الرقبة في قوله تحرير رقبة بمؤمنة.

وحاصله أن الكلام إنما يتم حتى تتم قيوده وذيوله، وقوله قلنا: وأهدرتم ذكر المدة أي في صورة المشترك حيث قال استأجرتك على خياطة هذا الثوب قلتم يلغو ذكر المدة فى صورة استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم فألغيتم المدة مع أنها قيد للعمل.

وخلاصته أن ههنا صورتين استأجرتك هذا اليوم على عمل كذا، هذا خاص عند الكل، والإجارة صحيحة، الثانية استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم فهذا قال غير المؤيد، أنها فاسدة، وقال المؤيد بالله: يصح ويلغو ذكر المدة فألزم أنه قد ذكر في كل من الصورتين الخاصتين خاصة المشترك، والخاص، ودفع بأن في صورة التقديم للمدة كان الحكم لها لما يقتضيه الاهتمام.

وأما قوله قالوا العمل المتأخر فهذا أبداً فارق من طرق المؤيد ومن معه بين الخاص والمشترك في أنه صح في الأول بجميع قيوده ولغى في الثاني قيد الزمان وهو أن العمل المتأخر في صورة الخاص قيد للمتقدم وهو المدة فلو أهدرناه وحكمنا بأنه لاغ كما قلنا بذلك في صورة المشترك لزمنا إهدار اشتراط الإيمان في آية الكفارة ولا يقوله، فمن ثمت حكمنا بصحة الصورة الأولى أعني صورة الخاص فأورد عليهم الشارح أنكم أهدرتم ذكر المدة في الصورة الثانية أعني صورة المشترك حيث قلتم تصح فتلغو المدة وهي أيضاً قيد كما في الأولى.

قلت: إلا أنه لا يخفى أنه لا يتم إلا بناء على أن المؤيد بالله ومن معه يقولون بصحة الخاص وهو الذي في "الغيث" عن التذكرة والحفيظ، فحينئذ يتم قوله فهو مشترك الإلزام، وأما على ما ذكره

قلت: ومن هنا يعلم صحة(أ) ما ذهب إليه الشافعي في عدم صحة قسمة الأجير إلى خاص مشترك، وإلا لما كان للاستثناء في قوله: (**إلا في الأربعة**) المنادى والحاضنة ووكيل الخصومة والراعي، وجه صحة إلا التحكم(ب) بتصحيح الإجارة فيهم مع ذكر

علي خليل[1] من أنه لا فرق بين التقدم والتأخر وأن الخلاف واحد، فعلى هذا يلغو عندهم على عمل كذا في صورة الخاص كما يلغو عندهم اليوم في صورة المشترك وهذا الإلزام هو النظر الذي نبه عليه الشارح فيما سلف، وأما المصنف فرد عليهم في "البحر"[2] بقوله: قلت المدة خاصة الخاص ويصح إفرادها كالعمل فلم تكن بالإلغاء أحق لكن الأولى اعتماد المتقدم منهما إذ تقدمه قرينة اعتماده وإلغاء المتأخر فمتى ذكر المدة وحدها أو مقدمة على العمل فالأجير خاص وإن ذكر وحده أو متأخراً عن العمل فالأجير مشترك، انتهى. وهو مضمون ما في "الأزهار".

(أ) **قوله:** صحة ما ذهب إليه الشافعي[3]، أقول: ينظر هل يجعل القيدين معتبرين في الصورتين فهما من الخاص أولاً يعتبرا فهما من المشترك أولاً يسميان عنده خاصاً ولا مشتركاً فيكون الخلاف لفظياً، والأقرب أنه يراد الأول، ثم رأيت في الإمداد شرح الإرشاد ما لفظه ويعين العاقد قدر المنفعة بزمن تبقى فيه العين المستأجرة أو بمحل العمل كخياطة الثوب وإنما جاز التقييد بأحدهما لا بهما معاً كأن يكتريه لخياطة ثوب بياض النهار أو لركوبه دابة إلى موضع كذا اليوم للغرر.

(ب) **قوله:** إلا التحكم، أقول: في الغيث وجه ذلك بقوله لأن هذه الأربعة[4] مفتقرة إلى المدة بخلاف غيرها، ثم قال: وإنما لم تفسد حيث قدم العمل على المدة وغيرها، وقد جمع الخاصتين لأن العمل لا ينحصر في هذه الأربعة إلا بذكر المدة و[لا][5] يقاس عليها ما أشبهها من الأعمال التي لا تنحصر إلا بذكر مدتها بخلاف الخياطة والحرث ونحوهما مما ينحصر، وإن لم تذكر المدة، انتهى.

قلت: وفيه خفاء وهل هذه الأربعة من المشترك أو الخاص، قال في الأثمار: أن نحو الأربعة من المشترك إلا الظئر فإن لها من حكم الخاص أن لا تشرك في العمل واللبن وأنها إذا تعيبت فسخت.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٢٨) .
(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٥٧) .
(٣) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٠٣ – ٣٠٤) .
(٤) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٢٨ – ٢٢٩) .
(٥) زيادة من نسخة أخرى .

العمل والمدة تقدم(أ) أحدهما أو تأخر دون سائر الأجزاء .

(**و**) الإجارة (**تصح إن أفرد**) العمل بالذكر بلا خلاف، إلا أنه يشترط أن يكون العمل (**معرفاً**) أي معيناً إذ المنكر مستلزم للجهالة التي هي مناط الفساد (**إلا**) أن العمل إذا أفرد (**فيها**) أي في الأربعة لم تصح الإجارة لأن من شرطها تعيين المدة (**فيذكران معاً**) لأن جهل المدة فيها يستلزم جهل العمل .

(**و**) الأجير المشترك (**هو فيهما**) أي في الصحيحة والفاسدة (**يضمن ما قبضه**) بحيث لا يبقى للمستأجر يد عليه .

وقال الفريقان: وزفر والمروزي والمريسي لا يضمن لنا، أن علياً عليه السلام ضمن الغَسَّال والصباغ، أخرجه البيهقي[2] من طريق الشافعي، قالوا: وقال هذا حديث لا يثبت أهل الحديث مثله، قلنا: يشير بذلك إلى انقطاع فيه، وقد أخرجه(ب) البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يضمن الصباغ والصائغ، وقال: لا

(أ) **قوله:** تقدم أحدهما أو تأخر، أقول: فهو كما لو أسلم في قفيز بر وشرط وزنه كذا لأنه قد يزيد [قد يزيد][3] أو ينقص فيتعذر التسليم وبه تعرف أن ذكر الخاصتين عندهم مبطل من غير نظر إلى تقدم عمل أو تأخر مدة [٥٧٥/٣].

(ب) **قوله:** وقد أخرجه البيهقي[4] من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام، أقول: توهم عبارته أنه زال الانقطاع بهذه الرواية وليس كذلك، فإن قوله عن أبيه أي علي بن الحسين المعروف بزين العابدين وهو لم يدرك علي بن الحسين جده أمير المؤمنين علياً عليه السلام فالرواية منقطعة [على كل حال][3].

---

(١) انظر : " البيان " للعمراني (٧ / ٣٨٤) " المغني " (٨ / ١٠٣ – ١٠٤) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٢٢) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٢٢) .

يصلح الناس إلا ذلك، وأخرج أيضاً عن خلاس أن علياً كان يضمن الأجير، إلا أن البيهقي قال فيه رواية ضعيفة والجميع معتضد بما أخرج [٥٧٥/٣] عبد الرزاق[١] عن عمر أنه ضمن الصباغ وإن كان فيه انقطاع، وروى ذلك عن عثمان أيضاً من وجه أضعف من هذا والكل يدل على أن لذلك أصلاً عند الخلفاء.

قالوا[أ] اجتهاد بدليل لا يصلح الناس إلا ذلك، قلنا اجتهاد صحيح لأن[ب] عدم التضمين مظنة إضاعة الأموال، وقد علم حرص الشارع على حفظ الدماء والأموال، وعلم اعتباره لمظان المصالح والمفاسد بالاستقراء، قالوا قبضه برضى مالكه فهو كالوديع، قلنا فارقه بطلب منفعة له فيه، قالوا: فيكون كالمستعير والمستأجر، قلنا هو بالمرتهن أشبه بجامع استحقاق الإمساك، قالوا: ممنوع حكم الأصل.

قلت: أما المنع فلا يتجه لأبي حنيفة لأن ضمان الرهن ثابت عنده، وضمان المقبوض ثابت (**ولو**) قبضه (**جاهلاً**) نحو أن يدخل المستأجر الشاة بين الغنم التي يجمعها الراعي ليرعاها بأجرة معتادة ولا يعلم الراعي ذلك فيسوقها بسوق المجموع فإنه يضمنها[٢] إذا

(أ) **قوله:** قالوا اجتهاد، أقول: هذا صحيح عند من لا يرى اجتهاده عليه السلام حجة، لكن الشارح يراه حجة، وفي "البحر"[٣] أن خبر علي عليه السلام توقيف[٤]، قال عليه "المنار"[٥] قوله لا يصلح الناس إلا ذلك ظاهر في أنه صادر عن استحسان عقلي مجرد فوافق الشارح.

(ب) **قوله:** لأن عدم التضمين مظنة إضاعة الأموال، أقول: أما هذا فيلزم منه تضمين الخاص لجري العلة فيه.

---

(١) في مصنفه رقم (١٤٩٤٨).

(٢) انظر: "شرح الأزهار" (٧ / ٢٣٢).

(٣) "البحر الزخار" (٤ / ٥٧).

(٤) أي موقوف.

(٥) (٢ / ٩٢ - ٩٣).

تلفت، لكن هذا إنما يتمشى على ما تقدم في البيع من أنه يغني عن العقد في المحقر ما اعتاده الناس على أن فيه إشكالاً، لأن ذلك إنما يغني مع علم المتعاقدين بالمعاوضة، أما مع جهل أحدهما كما نحن فيه فلا وجه له (**إلا**) أن المشترك وإن ضمن غير الغالب فلا يضمن (***من الغالب***) وعد منه النسيان والنوم ونحوهما، وقيل: لا لأن التلف معهما لا يكون إلا بتفريط في الاحتراز قبلهما فيضمن، وإنما الغالب ما لا يمكن دفعه مع المعاينة كالموت والسلطان الجائر واللصوص المتغلبة ونحو ذلك (***أو***) غير غالب لكنه (***بسبب من المالك كإناء مكسور***) فيه سمن (***أو***) جراب (***شحن***) بما وضع فيه شحناً (***فاحشاً***) ثم استأجر المالك من يحملهما فتطاير الإناء وانفرى الجراب بالحمل والوضع المعتادين فإنه لا ضمان على الأجير.

(***و***) الأجير المشترك (***له الأجرة بالعمل***) كاملة إن كمل، ويسقط ما عمل إن نقص خلافاً للشافعي رضي الله عنه لأنه كتفريق الصفقة.

وقال الإمام يحيى[1]: إن انفرد الجزء عن الكل استحق القسط وإن لم ينفرد كخياطة بعض القميص لم يستحق القسط، وقواه المصنف لأن المقصود لم يحصل ولا بعضه.

---

(١) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٣٩ – ٢٤٠) .

(**و**) له (**حبس العين**) التي عمل فيها (**لها**) أي للأجرة قياساً على حبس المبيع لتوفير الثمن (**والضمان**) مدة الحبس باق (**بحاله**) يريد أنه لا يضمن ضمان الـــرهن بل ضمان الأجير المشترك استصحاباً ليد الإجارة لعدم عقد للرهن متجدد (**و**) أجـــرة الصباغ والحامل (**لا تسقط**[أ] **إن ضمنه**) المالك المعمول فيه حال كونـــه (**مصنوعاً أو محمولاً**) أما إذا ضمنه إياه غير مصنوع ولا محمول سقطت (**وعليه أرش يسير**) قالوا: وهو النصف فما دون إذا (**نقص بصنعته وفي الكبير يخير المالك بينه وبين القيمة**) للمعمول فيه يوم قبضه.

وقال المؤيد[1] والفريقان: لا خيار للمالك وإنما له الأرش ما بقي للعين قيمة لنا أنـــه مضمون عليه وتلف الأكثر كتلف الكل، وأجيب بالمنع لأن المضمون إنما هو التـــالف لا الباقي.

(أ) [**قولـه**][2]: قال ولا تسقط.. [إلخ][2]، أقول: رفاه المصنف بقوله وإذا تلف المصبوغ في يد الصابغ والمحمول في يد الحامل قبل التسليم إلى صاحبه فيضمن قيمته، فإن أجرته لا تسقط بضمان القيمة إن ضمنه المالك إياه محمولاً أو مصبوغاً، وأما إذا ضمنه قيمته غير محمول فلا أجرة عليه لأنه لم يستوف شيئاً من منافع ما عقد عليه الإجارة ولا فرق بين المصبوغ والمحمول وفرق في الشرح والتفريعـــات فقال: في المصبوغ لا تلزم الأجرة وفي المحمول تلزم لأنه قد استوفى ما عقد عليه الإجارة إلى موضـــع التلف، وقال: إذا استؤجر على صباغ ثوب قبل فسرق قبل تسليمه فلا تلزم الأجرة لأنه لم يسلم ما استؤجر عليه من الصبغ بخلاف الحمل فمنافعه تستحق حالاً بعد حال، هذا حاصل كلامه لا لفظه.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٨) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٣٩) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

قلت: القياس رد الحكم في ذلك إلى حكم قوله: (**ولا أرش للسراية عن**) فعل (**المعتاد**) من العمل إذا صدر المعتاد (**من بصير**)[أ] بكيفية الصناعة معروف

(أ) **قوله:** من بصير، أقول: في شرح الفتح أنه الذي يعرف العلة وكيفية علاجها وليس للطبيب الإقدام إلا بعد معرفة ما يقول مشائخهم، ووثقوا من أنفسهم بجودة الصنعة وأحكام المعالجة لا الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم.

قلت: وفي "البحر"[1] أنه يضمن متعاطي الطب لحديث[2]من طب بغير علم فأعنت "[في " النهاية "[3]أعنت] [4]أي أضر بالمريض وأفسده فهو ضامن، وأخرج الحاكم[5] وأبو داود[6] والنسائي[7]وابن ماجة[8]من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: " من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن" وأخرج ابن عدي[9] وابن السني[10] وأبو نعيم في الطب والبيهقي [11]بلفظ: "من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن " أفاد تخريجه في "المنار"[12].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٧ – ٥٨) .

(٢) أخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٤٥٨٧) عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز قال : حدثني بعض الوفد الذين قدموا على أبي قال : قال رسول الله ﷺ " أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن " .

وهو حديث . . .

(٣) النهاية في غريب الحديث (٢ / ٢٦١) .

(٤) زيادة من نسخة اخرى .

(٥) في " المستدرك " (٤ / ٢١٢) .

(٦) في " السنن " رقم (٤٥٨٦) .

(٧) في " السنن " رقم (٤٨٣٠) .

(٨) في " السنن " رقم (٣٤٦٦) وهو حديث حسن .

(٩) في " الكامل " (٥ / ١٧٦٧) .

(١٠) لم أقف عليه .

(١١) في " السنن الكبرى " (٨ / ١٤١) .

(١٢) (٢ / ١٠٣) .

بذلك لامتعاط فقد أفهمت القيود ضمان المباشرة مطلقاً وضمان السراية عن غير معتاد مطلقاً [وضمان غير البصير مطلقاً][1] (***والذاهب***[أ] ***في الحمام***) من أمتعة من دخله يعمل في ضمانه وعدم الضمان (***بحسب العرف***) إن جرى عرف بأنه[2] كالراعي ضمن وإن جرى عرف بأنه لا بد لكل داخل من إيداعه متاعه فهو وديع [٥٧٦/٣].

(فصل)

(***وللأجير الاستنابة***) خلافاً للناصر وأبي طالب والإمام [3]يحيى واحتج المصنف بأن القصد تحصيل العمل ولا عبرة بالشخص (***فيما لا يختلف***) العمل

(أ) **قوله:** والذاهب في الحمام بحسب العرف، أقول: اختلف في إجارة الحمام هل هي صحيحة أو فاسدة، قال أبو طالب[4] القياس يمنع من كونها إجارة صحيحة يعني لعدم الإيجاب والقبول والجهالة للوقت والمكان، ولأن فيه إتلاف أعيان، وفي الشرح أنها صحيحة للإجماع على دخوله على وجه لا يحصل فيه شرط الإجارة ولا بيان قدر الأجرة وقدر اللبث وقدر الماء فصح ذلك لأجل عمل المسلمين، انتهى. أفاده في "الغيث [3]"[٥٧٦/٣].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) قال الفقيه يوسف : إلا أن يدعي شيئاً لا يلبسه الداخل فعليه البينة .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٥٨) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٤٦) .

(٤) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٤٣) .

(**بالأشخاص** [(١)])[(أ)] ورد بأن المانع تسليم العين المعمول فيها إلى غير من أذن به المالك، ولا شك في أن ذلك تعدياً، فإن لم يحصل تعد كما في عمل لا يكون في عين كالحج -فالحق[(ب)] صحة الاستنابة لأن الشخص لا يتعين إلا بتعيين، ولهذا صح إبدال الحامل إذا عين المحمول، لكن يجب أن يحصل في النائب شرط[(ج)] المستنيب كالعدالة فيما تشترط فيه

فصل: وللأجير والاستنابة

(أ) **قال:** بالأشخاص، أقول: عبارة الأثمار فيما لا يختلف بها، قال شارحه عدل عن قول الأزهار بالأشخاص إلى قوله بها لتكون عبارة الأثمار أعم إذ تتناول ما كان عمل الثاني دون عمل الأول إذ غفل عنه المستأجر ومثله إذا حضر معه فمثل هذا يختلف بالاستنابة لا بالأشخاص، وعبارة الأزهار لا تفيد ذلك.

(ب) **قوله:** فالحق صحة الاستنابة لأن الشخص لا يتعين إلا بتعيين، أقول: عقد الوصي مثلاً للأجير على أن يحج عن فلان تعيين للشخص من الوصي فليس للأجير الاستنابة إذ قد تعين، ولا صورة غير هذه للأجير في الحج، نعم إذا أذن له العاقد أن يستنيب غيره جاز لكنه خروج عن تعيين الشخص وخروج عن محل النزاع، إذ الكلام في أنه يجوز للأجير الاستنابة إن لم يؤذن له.

(ج) **قوله:** شرط المستنيب، أقول: هذا شمله قول المصنف فيما لا يختلف بالأشخاص.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٤)

قوله : فصل " وللأجير الاستنابة فيما لا يختلف بالأشخاص "

أقول : إن عرف من مقصد المستأجر أنه لا يريد إلا تحصيل ذلك العمل على صفة يستوي في تحصيلها الأجير وغيره ، كان للأجير الاستنابة من هذه الحيثية ، وأما إذا كان الأجير أحسن صناعة من غيره ولا يلحق غيره به فيها فاستجاره على ذلك العمل قرينة تدل على أن المراد تولي العمل بنفسه ، وجعله على الصفة التي لا يحسنها غيره ، وهكذا إذا كان بمكان من الدين رفيع فاستأجره المستأجر على شيء من الأمور الدينية فإنه لا يجوز الاستبانة لغيره ، لأن استئجاره على ذلك العمل قرينة كما تقدم ، وهذا مع عدم الشرط أما إذا شرط عليه أنه لا يستنيب فلا يجوز له الاستنابة ، ولو استناب من هو أحسن منه صناعة أو أكثر ديناً وأتم عدالة .

وهكذا العرف إذا جرى في المحل ، فإنه محكم لأنه مقصود لهما كما تقدم في غير موضع .

ونحوها- فهو مما يختلف باختلاف الأشخاص فالكل ممتنع (**إلا لشرط**)[أ] على الأجير أن يتولى العمل بنفسه كان ذلك منعاً له عن الاستنابة (**أو عرف**) جرى بعدم الاستنابة .

(**و**) المستنيب والمستناب (**يضمنان معاً**) ضمان المشترك وعند[ب] الناصر[1] ومن معه ضمان الغصب (**و**) الأجير[ج] إذا كان عبداً أو صبياً فإن (**له الفسخ إذا**

(أ) **قوله**: إلا لشرط على الأجير،أقول: عدل عنه الأثمار إلى قوله غالباً، قال شارحه احتراز من أن يشرط المستأجر على الأجير أنه لا يستنيب أو يجري العرف بعد الاستنابة[بها][2]فإنه لا يجوز له وهذا الاستثناء من الطرد،ويحترز أيضاً من أن يختلف العمل بالاستنابة ويشترطها الأجير أو يجري العرف بها،فإنه يجوز له وهذا الاستثناء من العكس، وعدل عن الاستثناء بلفظة:"إلا" كما في الأزهار إلى قوله غالباً ليدخل تحتها المستثنى من العكس كما تقدم مع اختصاره بخلاف الاستثناء بإلا.

(ب) **قوله**: وعند الناصر[1] ومن معه ضمان الغصب، أقول: فللمالك مطالبة أيهما شاء، والقرار على الثاني إن جنى أو علم فإن جحد الثاني هذا الشيء المستأجر عليه بين عليه الأول، وإن جحد الأول بين عليه المالك، ولا يخاصم الثاني وليس له على الثاني شيء شرعاً إن ادعاه بواسطة الأول، فلو بين المالك على الأول لم تقبل بينة الأول على الثاني قاله في "الغيث".

(ج) **قوله**: الأجير إذا كان عبداً أو صبياً، أقول: وكان المؤجر له سيده لا لو كان هو الذي أجر نفسه فأعتقه السيد كان ذلك إجازة فلا ينفسخ العبد كما تقدم مثله في النكاح، قاله في "الغيث" وعبارة الشارح موهمة وقد صرح "الفتح" حيث قال: لا لو أجر نفسه، واعلم أن دليل المسألة القياس على النكاح، وقد أورد عليه أنه لا يثبت له الفسخ في النكاح حيث عقد له سيده بخلاف الإجارة فكيف يقاس على النكاح مع ظهور الفارق.

---

(1) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٤٨) وقال الناصر ، وابن أبي الفوارس وهو الأظهر من قول أبي طالب : إنه متعدٍ فيكون ضمانها ضمان الغصب .

(2) زيادة من نسخة أخرى .

عتق أو بلغ [١]) خلافاً للفريقين وقد تقدم مثله في النكاح، إذ الإجارة والنكاح سواء في كونهما طلب منفعة فلا نكرر الكلام فيه.

والصبي له الفسخ (**ولو**) كان فسخه (**لعقد الأب**) بخلاف النكاح فليس[أ] له فسخ عقد الأب كما تقدم، لكن لا يفسخ الصبي هنا عقد أبيه إلا إذا عقد أبوه الإجارة (**في رقبته لا**) لو عقدها في (**ملكه**) لأن العقد صحيح من أهله في محله، ولهذا لم يفرق الفريقان بين العقد في رقبته وبين العقد في ملكه.

(**وإذا شرط**) كل واحد من الشريكين (**على الشريك**) له (**الحفظ**) لنصيبه أيام نوبته (**ضمن**) كل واحد منهما نصيب صاحبه لأنه صار (**كالمشترك**[٢]) بخلاف ما إذا تناوبا لا بشرط الحفظ بل لاستيفاء كل منهما منفعة نصيبه فإن كلاً منهما يشبه المستأجر للعين لا يضمنهما إلا بتضمين كما تقدم، وهو معنى اشتراط الحفظ.

(أ) **قوله:** فليس له فسخ عقد الأب، أقول: يقال هل قيست الإجارة على النكاح في أنه لا فسخ لعقد الأب، قيل ذلك مخالف لقياس الأصول فلا يقاس عليه وإنما خصها الإجماع، ولكونه صلى الله عليه وآله وسلم لم يخبر عائشة بأن لها الخيار وهو في محل التعليم.

---

(١) انظره مفصلاً في " البيان " (٧ / ٣٦٩ – ٣٧٠).

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٦) ذكره في هذا الباب غير مناسب ، وحمله كتاب الشركة لأنه كلام في شرط الضمان من أحد الشريكين على الآخر فالوجه أنه إذا قيل الشرط لزمه الحفظ ، ولزمه الضمان ، وأما قوله كالمشترك فلا وجه له لما عرفت في الأجير المشترك من أنه أجير على العمل لا على الحفظ.

(فصل)

(**والأجرة في**) الإجارة (**الصحيحة تملك بالعقد** [1]) قال المصنف: أي تلزم فلا تفسخ إلا لعذر ولا تسقط عن ذمته انتهى، لكن هذا إنما يتمشى على قيام البرهان على أن عقدها لازم من كلا الطرفين، وأن مثل﴿ **أوفوا بالعقود**﴾[2] "والمؤمنون عند شروطهم"[3] منتهض لذلك .

....

---

(١) قوله : فصل " والأجرة في الصحيحة تملك بالعقد " .

أقول : ليس على هذا أثارة من علم ، والأجير المستأجر على عمل لا يستحق أجره إلا بالعمل الذي استؤجر عليه ، هذا معلوم بالعقل ، ولم يرد في الشرع ما يخالفه بل ورد ما يقويه ويعضده فأخرج البخاري وغيره من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يقول الله عزوجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمة خصمته : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً وأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره " فقوله فاستوفى منه يدل على أن الأجرة إنما تستحق باستيفاء العمل فيما استؤجر عليه وأخرج أحمد والبزار من حديث أبي هريرة أيضاً عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : " أنه يغفر لأمته في آخر ليلة من رمضان ، قيل يارسول الله هي ليلة القدر ؟ قال : لا ولكن العامل إنما يوفى أجره إذا قضى عمله " فقوله إنما يوفى أجره إذا قضى عمله دليل على ما ذكرناه فلا وجه لقوله فتتبعها أحكام الملك ومابعده لأنه تفريع على أصل منهار .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٥٦ – ٧٥٧) .

(٢) [سورة المائدة : ٨٩] .

(٣) تقدم تخريجه .

وقد عرفت عدم انتهاضه على اللزوم المسوغ للحكم على الممتنع وإن انتهض على الندب ثم قوله (***فيتبعها أحكام الملك***) من وجوب تزكيتها وصيرورته غنياً بها وصحة البراء عنها ونحو ذلك، إن أراد تبعية موقوفة على استقرار الملـــك وانكشـــاف تحققـــه فمسلم، ولكن أحكام الموقوف موقوفة كما قلنا في الزكاة، أن ما جعل خياره حولاً فعلى من استقر له الملك وإن[أ] أراد تبعية ناجزة بحيث[ب] لو كان معه تسعة عشر مثقالاً مـــن أول الحول وعقد عند تمامة إجارة على دابته بمثقال وجب عليه تسليم زكاة نصـــاب في الحال قبل عمل المستأجر وقبل تسليمه الأجرة وقبل مضي مدة الإجارة.

فصل: والأجرة في الصحيحة تملك بالعقد.

(أ) **قولـه:** وإن أراد تبعية ناجزة، أقول: هذا مراده فلا وجه للترديد، فقد صـــرح في الغيـــث بـــذلك وقال: إنه المذهب كما قال الفقيه "س" والفقيه "ح" قال والوجه فيما قالاه أنها تملك بالعقد فتملـــك به المنافع إذ لو لم تملك لم يكن للعقد فائدة ولا كان للحاكم أن يجبر على إيفائها قبل أن تملـــك إلى غير ذلك من الوجوه، فإن قيل إنها معدومة فكيف يصح تملكها؟ قلنا: تسليم العين المؤجرة في حكم تسليم منافعها، فكانت المنافع في حكم الموجودة فصح تملكها.

(ب) **قولـه:** بحيث لو كان معه تسعة عشر مثقالاً، أقول: صرح شارح " الفتح "بـــذلك حيـــث قـــال فتثبت بها أحكام الملك من أنه يصير غنياً ويلزمه تزكيتها، ومثله في شرح "الأثمار"، نعم، ما ذكـــره الشارح يؤيد ما في شرح "الإبانة"، وظاهر شرح القاضي[٢] زيد من أنها لا تملك بالعقد، قـــال لأن كل عقد لا يملك فيه أحد البدلين بنفس العقد لا يملك البدل الآخر كالهبة بشرط العوض لما لم يملكه الموهوب بنفس العقد لم يملك البدل الآخر والمنافع لا تملك بالعقد لأنها معدومة، انتهى.

قلت: قد تقدم قريباً إيراد المصنف لهذا السؤال وأجاب عنه وعلى صحة جوابه يزاد في رسم البيـــع والمبيع موجود أو في حكمه، والأقرب في النظر قول شرح "الإبانة"[٣] **[٣/٥٧٧]**.

---

(١) انظر : " المغني " لابن قدامة (٤ / ٧٣ – ٧٤) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٣ – ٢٥٤) .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٣) .

فهذا لا يثبت بدليل إلا ما يتوهم أن العقد سلب للملك كالنصاب والعمل أو مضي المدة، شرط كالحول وذلك إن ثبت لا يجدي لأن حصول الشرط جزء من المقتضي عند المحققين، ولهذا لم يجعل ابن عباس رضي الله عنه [٥٧٧/٣] ومن معه الحول شرطاً لوجوب الزكاة وإنما هو مهلة، وتقدم تحقيقه في الزكاة ولا كذلك قبض المبيع والمنفعة بالإذن أو الحكم فإنهما أصل مناط الملك.

ولهذا ثبت النهي عن بيع ما لم يقبض ولو تبعته أحكام الملك لصح بيعه، لأن صحة بيع الشيء لازم من لوازم ملكه.

(**و**) أما أنها (***تستقر***) أي يستقر ملكها (***بمضي المدة***) في يد المستأجر وإن لم تستعمل فظاهر لكن قوله (***وتستحق***) لا معنى لزيادته لأن الاستحقاق سابق على الاستقرار، وقد صرح بأنها تستحق بالعقد في موضع من البحر وفي آخر بأنها تملك به وهو تلون يخالف قوله في الشفعة وتستحق بالطلب وتملك بالحكم أو التسليم فالقياس حذفه والاكتفاء[أ] بذكر الاستقرار (***بالتعجيل***) لها (***أو شرطه***) أي اشتراط التعجيل لأن المراد أنها إذا عجلت أو اشترط تعجيلها لم يثبت لمن هي عليه منعها، وإن ضمنها القابض لها عند تعذر عوضها من جهته فإن الضمان لا ينافي الاستقرار وفيه[ب] ما قدمنا،

(أ) **قوله:** والاكتفاء بذكر الاستقرار، أقول عكس هذا "الأثمار" وتبعه "الفتح" فحذفا الاستقرار واقتصرا على الاستحقاق، قال شارح "الأثمار" قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عن قوله في "الأزهار"[1] وتستقر بمضي المدة.. إلخ، لأنه لا معنى لتسميته استقراراً، وإنما هو استحقاق إذ لا تستحق المطالبة بالأجرة إلا بذلك.

(ب) **قوله:** وفيه ما قدمنا، أقول: من أنه لا يتمشى ملكها بالعقد إلا على القول بلزوم عقدها من الطرفين ولم يتم دليلهم على ذلك كما قاله الشارح [فيما سلف][2] فلذلك قال أن الحق أن تسليم

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٢٥٤) .   (٢) زيادة من نسخة أخرى .

وأما الاحتجاج بحديث: " المؤمنون عند شروطهم"[1] ، فقد عرفت عدم انتهاضه على الوجوب .

(و) الحق كون (**تسليم العمل**) في الأعمال (**أو استيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع**) عقلي ولا شرعي في الأعيان جزءاً من مقتضى الملك، وإن كان العقد

العمل أو استيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع جزء من مقتضى الملك، فلا يملك الأجير الأجرة إلا بعد أحد الثلاثة المذكورة بشرطها، والعقد ليس إلا سبباً لاستحقاق مطالبة المستأجر بتسليم العين أو العمل، وقوله وذلك تعليل لعدم ملك الأجرة بالعقد ومراده أن عقدها كعقد البيع ولا يجب تقديم تسليم الثمن إلا مع حضور المبيع، ولا حضور للمنفعة هنا التي هي المبيع حال العقد، وإذا لم تحضر فكيف يقال أنها تملك بالعقد فإنه لم يستحق تسليم الأجرة كما لم يستحق تسليم الثمن بعقد البيع، والملك أخص من الاستحقاق، وقد انتفى هنا وانتفاؤه هنا موجب لانتفاء الأخص الذي هو الملك .

ولما أطلق "الأزهار" الاستحقاق ولم يقيده باستحقاق التسليم، والشارح في دليله المذكور ما تم له إلا بجعل المراد استحقاق التسليم أورد المصنف على نفسه سؤالاً ودفعه حاصل السؤال التفرقة بين استحقاق التسليم واستحقاق المسلم ونظيره العين المرهونة فإنه يستحقها مالكها وهي المسلم ولا يستحق تسليمها من المرتهن إلا بعد إيفاء الراهن ما رهنها فيه، ومثله العين المؤجرة فافترق الاستحقاقان فليحمل كلام المصنف على ما يصح وهو استحقاقها لا استحقاق تسليمها فلا يتم حينئذ إلحاقها بتسليم الثمن وحاصل الجواب أن العين المرهونة والمؤجرة ملكهما ثابت للراهن والمؤجر بكمال جزأي سبب الملك من العقد والقبض .

وإنما عرض مانع التسليم باختيار الراهن والمؤجر بخلاف تسليم الإجارة فإنه لا قبض للمنافع فتأمل، والشارع قد أشار إلى ما ذكره المصنف في قوله ولا يقال استحقاقها غير استحقاق تسليمها ورد تفرقة المصنف بما ذكر.

---

(١) تقدم تخريجه .

مستقلاً بالتسبيب لاستحقاق مطالبة المستأجر بتسليم العين أو العمل وذلك لأن المبيع في الإجارة هو منفعة العين وقد تقدم في البيع أنه إنما يجب تقديم تسليم الثمن مع حضور المبيع والمنفعة هنا هي المبيعة وهي غائبة[أ] حال العقد، فإذا لم يستحق تسليم الثمن الذي هو الأجرة إلا بحضور المنفعة المتعلقة بالعين فكيف يقال أنها تملك بالعقد، والملك أخص من الاستحقاق وانتفاء الأعم موجب لانتفاء الأخص، ولا يقال استحقاقها غير استحقاق تسليمها، والمسبب عن العقد إنما هو استحقاقها لا استحقاق تسليمها، وانتفاء استحقاق التسليم لها لا يستلزم انتفاء استحقاقها نفسها الذي هو المدعي لجواز انتفاء استحقاق التسليم مع ثبوت استحقاق المسلم، كما في المرهون والمؤجر لأنا نقول: ملك المرهون والمؤجر ثابت بكمال جزئي السبب من العقد والقبض قبل الرهن والإجارة، وإنما هو عرض المانع من التسليم باختيار الراهن والمؤجر، ولا كذلك استحقاق الملك المبتدأ.

(**والحاكم فيها**) أي في الإجارة الصحيحة (**يجبر الممتنع**) عن موجب عقدها بناء على أن عقدها لازم من كلا الطرفين كما تقدم (**ويصح**) أن يكون الأجرة (**بعض المحمول و**) بعض (**نحوه**) نحو أن يستأجر على رعي غنم بريعها إلا أن فيه بحثاً[ب] وهو أنه إن أريد بعض المحمل قبل حمله فهو لا يسمى محمولاً حينئذ ولا

(أ) **قوله:** وهي غائبة حال العقد، أقول: أما على القول بأن تسليم العين المؤجرة في حكم تسليم منافعها فليست بغائبة، وعلى كل تقدير فالمنفعة من حيث هي غير موجودة بل الموجود ليس إلا العين والغيبة والحضور من خصائص الأعيان.

(ب) **قوله:** إلا أن فيه بحثاً، أقول: هذا البحث والترديد سببه إسقاط الشارح لفظ "بعد الحمل" من كلام المصنف وهي ثابتة في كل نسخ "الأزهار"[1] وكأن الشارح كان يشرح على ما يحفظه والحفظ يخون .

---

(١) انظر " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٦) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٦ – ٢٥٧) .

• •

وحينئذ فالمراد الثاني، وقوله أنه ضعيف كما أشار إلى ضعفه غير مسلم فإنه بناء على ما قاله الفقيه س من التفرقة بين المحمول والمصبوغ وذلك لأن الصبغة معدومة فلا تصح أجرة بخلاف المحمول فهو موجود، فرد المصنف هذا الفرق في الإشارة إلى ضعفه بصيغة التمريض قال: لأن العلة التي ذكرها ضعيفة لأنه لا يجب إلا عمل نصف الغزل، ولأنه يصح الاستئجار بمنفعة معدومة، فضعف التفرقة بين المحمول والمعمول، وقال هما شيء واحد تصح الإجارة فيهما جميعاً .

وسبب التفرقة بين المحمول والمعمول أنه وقع في "الفنون"[1] للهادي عليه السلام أنه لا يصح أن يستأجر من ينسج له غزلاً بنصف المنسوج أو يعمل سكاكين بنصفها بعد العمل .

وصرح في المنتخب بصحة الاستئجار على حمل طعام بنصفه فاختلف في توجيه كلامه فقيل له قولان[2] في المحمول والمصنوع، قول أنه لا يصح فيهما جميعاً، وقول أنه يصح فيهما جميعاً، وقيل: وجهه أنه يفرق بين المصنوع والمحمول، فالمصنف اختار قول من قال أنه يصح فيهما جميعاً، ورد على من زعم التفرقة بقوله قيل.. إلخ فكلامه صحيح لا يرد عليه ما أورده الشارح فتدبر، واعلم أن لصاحب الأثمار تفصيلاً في المسألة، فقال و[لا][3] يصح ببعض نحو محمول مطلقاً أو بنحو معمول غالباً، قال شارحه بعد ذكر المراد بالمحمول كما ذكرنا، وأراد بنحو المحمول أن يستأجره على رعية أنعام ببعضها، وحماية الثمار ببعضها، وما أشبه ذلك إذ لا جهالة في الأجرة ولا المنفعة، وقوله مطلقاً سواء جعلت الأجرة بعض ذلك المحمول ونحوه بعد الحمل ونحوه أو قبله، ثم ذكر المراد [من][3] بالمعمول كما ذكرنا من مسألة السكاكين، ثم قال: وأراد بنحو المعمول على قطف أثمار ببعضها أو نحو ذلك.

وقوله: غالباً احتراز من أن يشترط عليه عمل الكل يعني المستأجر عليه والأجرة فإن ذلك لا يصح، وقال نقلاً عن شرح الأثمار أن المؤلف اختار التفصيل يعني الفرق بين مسألة المحمول ونحوه، ومسألة المعمول ونحوه، قال وسواء كان ذلك مراد الهادي فيكون تلفيقاً أو غير مراد فيكون توسطاً فهو

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٨) .

(٢) كما في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٨) .

(٣) زيادة من نسخة اخرى .

موجب للفساد إلا ما يتصور من شياع الأجرة والثمن يصح مشاعاً وإن منعته الحنفيـــة، وإن أريد بعد حمله فهو مما أشار إلى ضعفه بقوله: (***قيل لا المعمول بعد العمل***) كما لو استأجره على نسج غزل بنصف الحاصل بعد النسج أو طحن حب بنصف طحينه أو مقدار معين منه، وإنما أشار إلى ضعف نسبة القول بذلك إلى أصـــول[أ] الهادويـــة[1] لأن المانع لذلك إنما هو زيد[1] والناصر ومالك [2]وأبو حنيفة[3] محتجين بحديث: " أنه صـــلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قفيز الطحان "الدارقطني[4] البيهقي[5] من حديث أبي سعيد.

يصح على الأصح إذ هو أخذ من كل قول بطرف.

قلت: وقد ذكر "الفتح" كلام المؤلف [٣/٥٧٨].

(أ) **قولـه:** إلى أصول الهادوية، أقول: بل إلى نص الهادي[6]، قال في "الغيث"[7] أشرنا إلى ضـــعفه لأن الشيخ أبا جعفر قد حكى عن الأحكام أنها تصح مسألة الغـــزل، وذكـــر في "البحـــر"[8] صـــحة الاستئجار على السكاكين.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢) .

(٢) " تهذيب المدونة " (٣ / ٣٤٥) و" مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٣ / ٥١٠ – ٥١١) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (٦ / ٣٥١ – ٣٥٢) .

(٤) في " السنن " (٣ / ٤٧ رقم ١٩٥).

(٥) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٩) .

وهو حديث صحيح .

(٦) قال الفقيه حسن : بل الهادي يفرق بين المحمول والمصنوع لأن الصنعة معدومة فلا يصح أجرة بخلاف المحمول فهـــو موجود .

" شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٨) .

(٧) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٧ / ٥٩) .

(٨) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢) .

قلنا: أعله ابن القطان[1] والذهبي[2] بهشام بن كليب، راويه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد، قالا لا يعرف وحديثه[أ] منكر قالوا: هو في ثقات ابن حبان[3]، وقال مغلطاي[4]: هو ثقة ووقع عند البيهقي[5] مرفوعاً وإن كان بغير إسناد قلنا[ب] مجمل اختلف في تفسيره

(أ) **قوله:** وحديثه منكر أقول: هذا اللفظ ليس إلا للذهبي[6] وحده ولم يقله ابن القطان بل اقتصر على "لا يعرف" كما في "التلخيص"[7]، إلا أن الشارح لخص الكلام فوقع فيه الإيهام.

واعلم أنه رواه البيهقي[8] والدارقطني[9] بلفظ: " نهى عن عسيب الفحل وقفيز الطحان " بالبناء لما لم يسم فاعله، وأورده عبد الحق في الأحكام بلفظ: " نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم " وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله.

والشارح جزم بنسبة ما قاله عبد الحق إلى البيهقي والدارقطني، نعم وقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه إلا أنه لم يسند فقول الشارح وقع عند البيهقي مرفوعاً لا يناسب جزمه أو لا برفعه عند من ذكر وكأنه تساهل في ذلك لما قاله أهل الأصول أن قول الصحابي "نهى" محمول على أن الناهي النبي صلى الله عليه وآل وسلم فلم يفرق بين معلوم ومجهول.

(ب) **قوله:** قلنا: مجمل اختلف في تفسيره، أقول: الإجمال يقتضي أن لا يفسر بل يوقف حتى يرد البيان من الشارع، ففي العبارة شبه التناقض، فالأولى أن يقول للاختلاف، ثم إنه فسره ابن الأثير في "النهاية"[10] بأنه أن يستأجر رجلاً فيطحن له حنطة معلومة بقفيز منها والقفيز مكيال يتواضع الناس

---

(١) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٣) .

(٢) في " الميزان " (٤ / ٣٠٦ رقم ٩٢٤٨) .

(٣) في " الثقات " (٧ / ٥٦٨) .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٣) .

(٥) في " السننن الكبرى " (٥ / ٣٣٩) .

(٦) في " الميزان " (٤ / ٣٠٦ رقم ٩٢٤٨) في ترجمة هشام أبو عليب ، وقال عقبه " هذا منكر ، ورجله – أي راويه – لا يعرف " .

(٧) (٣ / ١٣٣) .

(٨) في " السنن الكبرى " (٥ / ٣٣٩) .

(٩) في " السنن " (٣ / ٤٧ رقم ١٩٥) .

(١٠) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٤٧٦) .

عليه وهو عند أهل العراق ثمانية مكاكيك، انتهى. وهو ظاهر بأنه لا اشتراك في لفظه، والتفسيران اللذان ذكرها الشارح هما في "التلخيص"[1] والأولى مع الاختلاف الرجوع إلى الترجيح وكلام ابن الاثير أرجح لأنه ناقل عن أئمة عدة من أهل اللغة، كما صرح به في ديباجة كلامه في خطبة النهاية، فهو نقل عن جماعة وكلام ابن المبارك كلام واحد ونقل الجماعة أرجح وفيه تأمل، وذلك لأن تصريح ابن الأثير أنه نقل عن عدة أئمة لا يقتضي أن كلامنا نقل عن عدة لجواز أن المراد أن مجموع ما في كتابه عن عدة من الأئمة لا أن كل فرد فرد من ألفاظها كذلك.

وأما المصنف فأجاب عن قفيز الطحان بأنه محمول على جهل قدر القفيز أو حيث استؤجر على طحن صبرة بقفيز منها بعد طحنها، قال عليه "المنار"[2] لا أدري كيف وقع هذا فإن القفيز معيار معروف فلا معنى لفرض جهله.

وأما قوله حيث استؤجر على طحن الصبرة، فهذه هي الصورة المتنازع فيها إذ لا فرق بين قوله اطحن لي هذه العشرة الأقفزة بقفيز منها بعد طحنها وبين قوله اطحن هذه الصبرة كما مر هنا، وفي البيع ولا وجه للفساد عند من صحح بيع الصبرة والإجارة عليها فينظر في كلام المصنف، انتهى.

فعرفت أن المصنف انفصل عن الحديث بأنه نهى عنه لأجل الجهالة، والشارح انفصل عنه بأنه مجهول العلة فتوقف في محله فلا يكون دليلاً على منع الإجارة بجزء من المعمول بعد العمل، وصاحب "الأثمار" عمم المنع لما يجعل فيه الأجرة بعض المعمول بعد العمل.

قال في "الفتح "في تعليل ما قاله للنهي عن قفيز الطحان قال: لأنه يؤدي إلى أنه استؤجر على ملكه وملك غيره ولأنه يؤدي إلى المشاجرة، والمنازعة لاستحقاق طحن قدر الأجرة مثلاً وغزلها أو فسخها لكل واحد منهما، وقد أسلفنا كلامه فجعل الحديث في المعمول بعد العمل على عمومه، ولم يلحق به المحمول بل قال يصح مطلقاً، هذا كلام من ذكر.

وقال ابن تيمية في "المنتقى"[3] إنما المنهي عنه طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها، وإن شرط حباً

---

(١) (٣ / ١٣٣) .　　(٢) (٢ / ٩٩) .

(٣) عقب الحديث رقم (٢٣٨٠) بتحقيقي .

ففسره ابن المبارك أحد رواته بأن يقال للطحان اطحن بكذا وكذا وزيادة قفيز من نفس الطحين، وقيل هو طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز[1] منها، قالوا: يحمل على كل معانيه فيها كالمشترك وأما مع عدم الظهور فلا وإن سلم فعلة النهي غير معقولة إذ لا غرر ولا جهالة كما تقدم في بيع الصبر فيوقف في محله.

وأقول: ظاهر تفسير ابن المبارك يشعر بأن العلة كون القفيز زيادة على الأجرة فيكون ذلك مظنة الاختلاف في لزومه وعدمه كما أشرنا إلى مثله فيما تقدم عند قوله ويلحق الزيادة والنقص المعلومان، ويكون هذا حجة لما نبهناك عليه هناك من كونه تبرعاً لا لزوماً (***وفي الفاسدة***) أحكام تخالف أحكام الصحيحة .

منها أن الحاكم (**لا يجبر**) الممتنع عن موجبها .

(**و**) منها أنها (***لا تستحق***) على الصفة التي سميت عند العقد (**و**) إنما (**هي أجرة**[أ] ***المثل***) إذا كان الفساد أصلياً وإن كان طارئاً فالأقل من المسمى وأجرة المثل ولم

لأن ما عداه مجهول فهو كبيعها إلا قفيزاً منها، انتهى. وقال حفيده شيخ الإسلام [2] في بعض رسالاته بعد كلام وأما ما يروى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن قفيز الطحان فحديث ضعيف بل باطل فإن المدينة لم يكن فيها طحان ولا خباز لعدم حاجتهم إلى ذلك، انتهى.

قلت: ولا يخفى ضعف التعليل للتضعيف بذلك فإن التشريع لم يكن خاصاً بما كان في المدينة بل ولا بما كان في عصره صلى الله عليه وآله وسلم فقد نهى عن أشياء لم تحدث إلا بعد عصره في غير بلده.

(أ) **قوله:** وهي أجرة المثل: أقول: فإن كانت أجرة المثل مختلفة فإنه يجب الأقل إذا اختلفت على عددين، والوسط إذا اختلفت على ثلاثة أعداد وبالأقل من الوسطين إذا اختلفت على أربعة أعداد .

---

(١) انظر : " الفائق " للزمخشري (٣ / ٢١٤) .

(٢) " مجموع فتاوى " (١٨ / ٦٣) و (٣٠ / ٦١٧ ، ١١٣) .

يفرق الشافعي[1] رضي الله عنه في كون الواجب هو أجرة المثل ولا أبو حنيفة [2]في كون الواجب هو الأقل منهما.

ومنها أنها لا تستحق بالتمكن من قبض المنفعة كالصحيحة بل لا تستحق (***إلا باستيفاء المنافع في الأعيان وتسليم العمل في المشترك***) خلافاً للشافعي وقديم قولي المؤيد بالله[3]، لنا أنها غير لازمة حينئذٍ فكان العقد كلا عقد فلا سبب للزوم الأجرة بعده إلا ضمان المنفعة، وإنما يكون بعد استهلاكها.

وأجيب بأن وجه الفساد إنما يكون مصححاً للفسخ فقط لا مانعاً مما وقع به التراضي، والفرض أن لا فسخ ومن هذا تحدس وجوب المسمى أيضاً لا أجرة المثل والأقل منهما، إذ لا مساس بين فساد العقد وفساد التسمية، ولهذا أوجب أبو حنيفة المسمى حيث كان أقل من أجرة المثل وعدم إيجابه إذا كان أكثر تحكم صرف [و][4]لأن العلة الرضى به في الجانبين.

وقيل: يجب الوسطان وعلى هذا التحويط لو كثرت الأعداد، وهذا حيث اختلف المقومون على اختلاف أجرة المثل.

وأما حيث اختلفوا فيها فإنه يكون على الخلاف في تقويم المقومين هل يؤخذ بالأقل أو الأكثر، ففي شرح الزيادات وهو قول المنصور بالله[5] وأبي حنيفة يعمل بالأكثر، وقال الشافعي والفقيه "ح" يعمل بالأقل لأنه المتيقن.

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ٤٠٥ – ٤٠٦).

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٢٩٧).

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢).

(٤) زيادة من نسخة أخرى.

(٥) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٦٠).

(**فصل**)

(***ولا تسقط***) الأجرة (***بجحد المعمول فيه***) إذا كان الجحد (***في***) الإجارة (***الصحيحة مطلقاً***) سواء[أ] جحد قبل العمل أو بعده .

(***و***) أما (***في الفاسدة*** [1]) فإنما ينتفي سقوطها (***إن عمل قبله***) أي قبل الجحد لا لو عمل بعده فيسقط لأن جحد المعمول فيه يصيره[ب] في يده غصباً غير مأذون له بقبضه فضلاً عن العمل فيه.

لكن فيه بحث حاصله: أن الغصبية إن كانت مانعة بنفسها للأجرة مع بقاء[ج] المقتضى وهو العقد فلا فرق بين الصحيح والفاسد في سقوطها بالغصب لكن

(فصل) ولا تسقط بجحد المعمول فيه

(أ) **قوله:** سواء جحد قبل العمل أو بعده، أقول: ومثله المحمول والمرعي والمحمي وذلك لأن عمله مستند إلى العقد في الحالين والجحد لا يبطل عقد الإجارة.

(ب) **قوله:** يصيره في يده غصباً، أقول: في شرح الأثمار لأنه قد عزل نفسه عن الوكالة بالجحود فصار حكمه حكم الغاصب والغاصب لا يستحق أجرة، ووجه عدم سقوطها قبله أن عمله مستند إلى أمر المالك فاستحق العوض، وهو الأجرة، انتهى بلفظه وقوله أنه عزل نفسه عن الوكالة فكأنه يريد أن صار في الإجارة الفاسدة في حكم الوكيل في قبض العين قبل الجحد.

(ج) **قوله:** مع بقاء المقتضى، أقول: فيه بحث لأن العقد إنما هو مقتض في العقد الصحيح فإنه الذي يقتضي الأجرة بخلاف الفاسد فالمقتضي للأجرة العمل لا العقد فالفرق بين الأمرين واضح.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٩) فقد عرفناك غير مرة أن تخصيص ما يسمونه فاسداً بأحكام مخصوصة هو من باب ترتيب الباطل على باطل وتفريع ما لا أصل له على ما لا أصل له " .

سقوطها به يتوقف على تصحيح مانعيه لتأثير السبب ولا سبيل إلى القول بـأن الغصـب رافع للسبب الذي هو العقد لأنه[أ] إنما يرتفع بالفسخ والفرض أن لا فسخ .

(*وتسقط في الصحيحة بترك* [1]) [٥٧٩/٣] الأجير (**المقصود**) بغير منع المستأجر له (*وإن فعل المقدمات*) التي لم يشتمل العقد عليها إذ لو اشتمل عليها لزمت حصتها من الإجارة ثم العبارة موهمة[ب] أن ترك المقصود في الفاسد لا تسقط أجرته وليس

(أ) **قوله:** لأنه إنما يرتفع بالفسخ، أقول: في شرح الأثمار هذا مبني على أن الفاسد ينفسـخ بـالجحود ومن غير حكم كما ذكره القاضيان[2]، فإن العقد الفاسد لغو .

وهذه هي المسألة التي أرسل بها أبو حنيفة إلى أبي يوسف لما اعتقد أنه قد اكتفى فقـال للرسـول إن قال: يلزم فقل أخطأت وإن قال لا يلزم فقل أخطأت، ولما قدم أبو يوسف على أبي حنيفة[3] فصـل له ذلك ووجهه ما سلف من أن الأجرة في الصحيحة مستندة إلى العقد وهو لا يبطل بـالجحود وفي الفاسدة إلى الإذن وقد بطل بالجحود [٥٧٩/٣].

(ب) **قوله:** موهمة أن ترك المقصود في الفاسدة لا تسقط به الأجرة، أقول: هذا الإيهام مندفع بما تقرر من أن الفاسدة لا يستحق عليها أجرة إلا باستيفاء العمل، وقد تقدم هذا صريحاً فلا يعارضه مفهـوم اللقب فإن الصحيحة وإن كانت صفة في الأصل لكن قد غلبت الاسمية عليها وكأنه لهذا قال يوهم.

---

(١) وأما قوله : " وتسقط في الصحيحة بترك المقصود " فوجهه أن المستأجر لم يقصد بالاستئجار ودفع الأجرة إلا ذلك فإن فات لم يبق مقتض لاستحقاق الأجرة ، ولا فرق بين الصحيحة والفاسدة ، فلا وجه لقوله في الصحيحة ن وأمـا المقدمات فليس من العدل أن يهمل عمل الأجير فيها ، لأنه عمل بأمر المستأجر ولا سيما إذا كانت تلك المقـدمات لا يمكن الوصول إلى المقصود إلا بها ، فللأجير أجرة ما فعله بحسب ما يقدره من له خبرة بذلك العمل ، وليس هاهنا ما يدل على سقوط الأجرة عليها ، فوجب الرجوع إلى كونها مفعولة بأمر المستأجر فكان عليه الأجـرة وإلا كـان ذلك من إتعاب الغير واستغراق منافعه بلا شيء ، وذلك ظلم ، وأما استحقاق بعض الأجرة بفعـل الـبعض مـن المقصود وسقوط بعضها بترك البعض فظاهر . " السيل الجرار " (٢ / ٧٥٩ – ٧٥٨) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٦٣) .

(٣) انظر : " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٤١٤ – ٤١٥) .

كذلك، وإنما المراد أن المقدمات في الصحيحة تسقط بتركه لا في الفاسدة إلا أن هذا مستلزم لمزية العقد الفاسد على الصحيح .

وأما توهم أن عدم لزوم المسمى في الفاسدة فارق فخيال[أ] كاذب لأن كون الوصف علة حكم شرعي تفتقر إلى دليل شرعي (**و**) يسقط من الأجرة (**بعضها بترك البعض**) من المقصود وينبغي أن يأتي فيه خلاف الشافعي وتفصيل الإمام يحيى[1] كما تقدم، وأقرب من ذلك أن يقال إن كان تتميم العمل لا يمكن إلا بمثل أجرة الكل لم يستحق تارك البعض شيئاً وإلا استحق القسط لإسقاطه بعض المؤونة .

(**ومن خالف[2] في صفة للعمل بلا استهلاك**) للمعمول فيه نحو أن يستأجره على نسج الغزل أذرعاً معينة فيخالف إلى أكثر أو أقل (**أو**) خالف (**في المدة**) بزيادة على المضروبة (**لتهوين**) وعدم اهتمام أو نقصان منها لمزيد اهتمام بشرط كون التهوين (**أو عكسه**) مما يفوت غرضاً أو يوجب عيباً كما لو هوّن مع كون الغرض السرعة أو أسرع مع كون الغرض التهوين لأمور تقتضي الغرضين (**فله الأقل**) من المسمى وأجرة المثل إذا كان (**أجيراً**) .

[أ] **قوله:** فخيال كاذب، أقول: تطلب الفارق فرع حصول الجامع ولا جامع إذ العقد الفاسد لغو لا يترتب عليه شيء من الأحكام فتطلب الفارق هو الخيال الكاذب.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٥٢) .

(٢) الأجير إذا خالف فعل غير ما أمره به المستأجر فلا يستحقق أجرة في عمله لأنه لم يفعل ما أمر به ، وإذا حصل في العين بسبب المخالفة نقص كان على الأجير الأرش وإن حصل بالمخالفة زيادة لم يكن على المستأجر شيء بل يؤخذ العين بزيادتها ، وإذا لم يمكن فصلها لتعديه ومخالفته ، وأما المخالفة من المستأجر للعين بأنه يلزمه أجرة الزيادة في المسافة أو الحمل أو نحوهما هكذا ينبغي أن يقال لا كما قال المصنف .

قال المصنف أما المسمى فلأنها صحيحة وأما الأقل فللمخالفة وهو تهافت لأنها لو صحت للزم المسمى على كل حال وإنما يتجه ذلك على قول أبي حنيفة أن المخالفة في الصحيحة يقتضي فسادها، وقد منعه المصنف مسنداً له إلى أن الفساد إنما يكون بوصف لا يستقر معه العقد والتعدي لا تعلق له بالعقد وهو كما قال ثم ما ذكره المصنف هنا هو كلام الإمام يحيى[1] وقد نظره المصنف .

والحق أن المخالفة في صفة العمل إلى ما يفوت معه الغرض استهلاك حكمي إن فوتت المنفعة المقصودة من الإجارة، فذلك نقص يجب أرش اليسير منه ويخير في الكثير كما تقدم، وإلا فالواجب المسمى على كل حال .

(**و**) أما أنه يجب (**عليه**[أ] ***الأكثر***) من المسمى وأجرة المثل إذا كان (***مستأجراً***) للعين فالتصرف في العين بما لم يأذن به المالك غصب كالجحد لها، وقد تقدم أن الغصب لا يسقط المسمى في الصحيحة وإنما يجب هنا ضمان أجرة ما زاد من العمل وضمان العين إن تلفت به كما تقدم في المخالفة في الحمل والمسافة.

(أ) **قوله:** وعليه الأكثر مستأجراً، أقول: حذفه الأثمار والفتح، قال شارح الأثمار وإنما ترك ذكر المستأجر في هذا الموضع بخلاف عبارة الأزهار لأنه قد قدم ما يدل عليه من قوله فيضمن الكل بكل مخالفة وزائد الأجرة غالباً، انتهى. وعبارة الأزهار فإن زاد ما [مثله][2] يؤثر ضمن الكل.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٦٤ – ٢٦٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(فصل)

(و) المتآجران (**لكل منهما فسخ الفاسدة المجمع على فسادها بلا حكم**) ولا تراض وقيل أحدهما[أ] شرط مطلقاً وقيل لا يشترط أحدهما مطلقاً، لنا مقامان أحدهما أن المجمع على فسادها عقدها كلا عقد فلا تحتاج إلى أحدهما .

والثاني أن المختلف فيها مظنة الصحة إما للتصويب[ب] وإما لعدم تعين المحق فلا

(أ) **فصل "ولكل منهما فسخ الفاسدة"**

قوله: وقيل أحدهما شرط [إلخ][1]، أقول: ضمير التثنية في هذا وما بعده للحاكم والتراضي، وقوله مطلقاً أي سواء كان الفساد مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه.

(ب) **قولـه:** إما للتصويب، أقول: أي القول بأن "كل مجتهد مصيب"[2] للحق فخلافه حق فهو في محل من الصحة وعلى القول بأنه مخطئ وأن الحق مع واحد لكن الذي معه الحق غير معين فيحتمل أنه مع كل من المخالفين فلم يخرج عن مظنة الصحة هذا مراده وهو كلام غير صحيح وكون كل مجتهد مصيب أو كون الحق مع واحد إنما هو بالنظر إلى الأحكام الأخروية فيؤجر المصيب [3] أجرين ويؤجر المخطئ أجراً واحد لا إلى غيرهما من الصحة وخلافها ولم يعلل به غير الشارح.

---

(١) زيادة من نسخة اخرى .

(٢) تقدم توضيحه .

(٣) يشير إلى الحديث الذي أخرجه البخاري رقم (٧٣٥٢) ومسلم رقم (١٧١٦) وأبو داود رقم (٣٥٧٤) وابن ماجه رقم (٢٣١٤) والنسائي في " الكبرى " كما في " تحفة الأشراف " (٨ / ١٥٨) والدارقطني (٤ / ٢١٠ – ٢١١ ، ٢٢١) والبيهقي (١٠ / ١١٩) والبغوي رقم (٢٥٠٩) وأحمد (٤ / ١٩٨ / ٢٠٤) والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١٧٦ – ١٧٧) كلهم من حديث عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر . " .

يتحقق رفعها إلا بحكم أو رضى المشترط لزمت الصحيحة على وجه(أ) من الفساد مجمع عليه وهي بيع المعدوم فيجوز أن يلزم مع وجه آخر من الفساد فلا يرتفع(ب) اللزوم إلا بتراض أو حاكم، قلنا إنما لزم(ج) ما أذن به الشارع قالوا أذن بالدخول في الفاسد كما تقدم النافي(د) للاشتراط كان القياس نفيه في الصحيحة أيضاً لذلك وللخلاف في [٣/٥٨٠] أن عقدها ليس بلازم وإنما منع الإجماع من استقلال أحدهما بفسخها دون ما سيأتي(ﻫ)، وأجيب بمنع الإجماع مسنداً(و) بأن القول لا يموت بموت قائله وبأن الإجماع الذي هو حجة هو ما لم يسبقه خلاف مستقر.

(أ) **قوله:** على وجه من الفساد مجمع عليه.. [إلخ](١)، أقول: إن أراد مجمع عليه في البيع فقد يسلم في غير السلم ولا يضر وإن أراد في الإجارة فغير مسلم وإلا لزم أن كل إجارة فاسدة وأن لا توجد ماهية الصحيحة فيها وكلامه في بيان حكم الصحيحة.

(ب) **قوله:** فلا يرتفع اللزوم، أقول: أي لزوم عقد الفاسدة إلا بأحد الأمرين كالصحيحة.

(ج) **قوله:** إنما لزم مما أذن به الشارع، أقول: وقد أذن في عقد الإجارة على منافع معدومة، وقوله قالوا : أذن في الدخول في الفاسدة مع كونه فاسداً وعقد الإجارة هنا غير فاسد وإن كانت المنافع معدومة فعدم المنافع لا يفسد عقد الإجارة إنما أفسد عقد البيع ففي كلامه مغالطة.

(د) **قوله:** النافي للاشتراط، أقول: أي قال من نفى اشتراط أحد الأمرين في فسخ الفاسدة أن القياس نفي اشتراط أحدهما في الصحيحة [أيضاً](١) كما في الفاسدة لذلك أي للزومها مع وجه من الفساد [٣/٥٨٠].

(ﻫ) **قوله:** بدون ما سيأتي أي بدون الأربعة ونحوها.

(و) **قوله:** مسنداً بأن القول لا يموت بموت قائله.. إلخ، أقول: ينظر من القائل بانفساخ الصحيحة بدون أحد أمرين الحاكم أو التراضي أو بدون نحو الأربعة فإنه إنما قدم أن النافي لاشتراط أحد الأمرين في الفاسدة، وقال: وكان القياس نفيه في الصحيحة إلا أنه منع عنه الإجماع فهذا النافي لم

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(**و**) أما الإجارة (***الصحيحة***) فلا يستقل أحدهما بفسـخها إلا (***بأربعة***) أي بواحد منها (***بالرؤية والعيب***) كما تقدم في البيع إلا أن العيب المتجدد في يد المستأجر هنا يفسخ به لا المتجدد في يد المشتري، وذلك لأن البيع هنا هو المنافع وهي متجـددة لا تقبض إلا بتدريج .

(***وبطلان المنفعة***) أي: انقطاعها من الأجير لمرض ونحوه ومـن العـين لعـدم صلاحيتها بخراب في الدار أو انقطاع ماء الأرض ونحو ذلك.

(**و**) أما انفساخها بما يعرض لأحدهما من (***العذر الزائل معه الغرض بعقدها***) اختيارياً كان أو اضطرارياً فإنما يتمشى على القول بأن عقدها غـير لازم، ولهـذا قـال الشافعي[أ] لا فسخ بعذر إلا أن يكون مانعاً عقلياً أو شرعياً ولا حاجة إلى قوله: (**ومنه**

يقل بعدم الاشتراط في الصحيحة بل ادعى أنه منع عن القول به الإجماع على اشتراطه فيقال فـأين القائل.

(أ) **قولـه:** قال الشافعي[1] لا فسخ لعذر، أقول: في "نهاية المجتهد"[2] أنه قول فقهاء الأمصـار مالـك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم وأنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة والقائل بجواز الفسخ للعذر الطارئ أبو حنيفة، قال وعمدة الجمهور ﴿ **أوفوا بالعقود**﴾ [3]لأن الكـل عقـد على منافع فأشبه النكاح، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع، وعمدة أبي حنيفـة أنـه شبه ما به استوعى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة انتهى واختار "المنار "[4]مذهب الشافعي ومن معه أيضاً.

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٦١ - ٣٦٢) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٣٧) بتحقيقي .

(٣) [سورة المائدة : ١] .

(٤) (٢ / ١٠٤) .

مرض من لا يقوم به إلا الأجير والحاجة إلى ثمنه) على أن الحاجة إلى الثمن لا تحوج إلى الفسخ لصحة البيع مع بقاء الإجارة كما تقدم.

نعم لو تعذر بيعه مؤجراً كان ذلك عذراً (**و**) أما أن عروض (**نكاح من يمنعها الزوج**) موجب لفسخ الإجارة التي دخلت فيها قبل النكاح فإنما ذلك مانع لا فوات غرض فهو من بطلان المنفعة إذ المراد بالبطلان أعم ما كان سببه عقلياً أو شرعياً .

(**و**) أما الاعتراف بأن بطلان المنفعة يصحح الفسخ ثم إطلاق القول بأنها (**لا تنفسخ بموت أيهما**) فمن[أ] الهوس في الاجتهاد أما في موت[ب] الأجير للعمل فلأن موته كخراب الدار .

وأما في إجارة الأعيان فلأن العين انتقلت بموت المؤجر إلى ملك الورثة، والميت إنما يستهلك ما دخل في ملكه والمنفعة الموجودة بعد موته ليست مما يملكه فليس له استهلاكها.

(أ) **قوله:** فمن الهوس في الاجتهاد، أقول: الهوس بفتح الهاء والواو وآخره سين مهملة ضرب من الجنون كما في "القاموس"[1] أي من الجنون في الاجتهاد وهذا كلام لا طائل تحته سوى ما قصده من التهجين ولا تهجين في الاجتهادات.

(ب) **قوله:** أما موت الأجير، أقول: في "الغيث"[2] الخلاف في إجارة الأعيان، ومن جملتها إجارة الخاص حيث يموت المستأجر، وأما إجارة الأعمال ففي تعليق الفقيه ح لا يجب على الورثة أن يعملوا ولهم ذلك.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ٧٥١) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٧٥) .

نعم: يتجه ذلك في موت المستأجر لانتقال المنفعة إلى الورثة كالعين وإن أمكن القول بأنه لا يجب عليه شراء منفعة لم يعقدوا عليها والقياس[أ] على البيع فاسد لأن المنافع متجددة لا كالمبيع وعسى أن يأتي لذلك تحقيق في الوقف إن شاء الله تعالى .

ولهذا ذهب المنصور[١] وأبو حنيفة[٢] وأصحابه الثوري [٣]والليث[٤] إلى أنها تنفسخ بموت أيهما واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو أجر الموقوف عليه عيناً من الوقف الذي ينتقل إلى من بعده بالوقف فإن الإجارة تنفسخ بموته، لأن من بعده ملك منفعة العين من

(أ) **قوله:** والقياس على البيع فاسد، أقول: إن أراد عنده فقد تقدم له جواز بيع المنافع وإن أراد عندهم فهم قد بنوا مسألة الإجارة على القياس على البيع .

قال في "نهاية المجتهد " اختلفوا هل تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين أعني: المكري والمكتري؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عنه المكري، وقال أبو حنيفة والليث والثوري تنفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع، وعمدة أبي حنيفة أن الموت نقل أصل الرقبة المكراة من ملكه فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني أنه لا يجوز، فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك وإلا بقي الملك ليس له وارث، وذلك خلاف الإجماع وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت، وربما احتجوا على المالكية بأن الأجرة عندهم تستحق جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة وإذا كان هذا هكذا مات المالك، وبقيت الإجارة فإن المستأجر يستوفي ملك الوارث بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وإن مات المستأجر تكون الأجرة مستحقة عليه لأن الأجرة عندهم تجب لنفس العقد.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٧٥) .

(٢) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٤١٥ – ٤١٦) .

(٣) " موسوعة فقه سفيان الثوري (ص ٨١) .

(٤) " بدايةالمجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٣٧) .

جهة غير المؤجر، وقد[أ] نبهناك أن لا فرق لأن المنافع متجددة والميت لا يملك ما تجدد في ملك غيره فسواء[ب] في ذلك تأجير الوقف وغيره، وإن أريد بعدم الانفساخ كونه موقوفاً على إجازة الوارث فالحاجة إلى إجازته دليل عدم نفوذ التأجير، وذلك معنى الانفساخ .

(**و**) كذا من[ج] تحكمات الاجتهاد القول بأنها (**لا**) تنفسخ (***بحاجة المالك إلى***) منفعة (***العين***) لأن الحاجة إلى منفعة العين كالحاجة إلى ثمنها .

(***ولا***) تنفسخ (***بجهل***) البريد (***قدر مسافة جهة***[1]) أرسل إليها (***و***) لا بجهل الناسخ قدر (***كتاب***) استؤجر على نسخه إذا (***ذكر لقبهما للبريد والناسخ***[2]) لأن ذلك وإن كان كبيع الغائب، وقد تقدم أنه يثبت فيه خيار الرؤية فالأجير هنا كالبائع

(أ) **قوله:** وقد نبهناك أن لا فرق، أقول: وجه الفرق عندهم أنه انتقل إلى الوارث من الواقف الأول لا من الميت الذي كانت له منافع الوقف بخلاف الملك، فإنه ينتقل من الميت إلى ورثته، قلت: إلا أنه فرق لا يثبت حكماً.

(ب) **قوله:** فسواء في ذلك تأجير الوقف وغيره، أقول وغير الأجير الخاص إذا مات كما في "الفتح"[4] والأثمار.

(ج) **قوله:** وكذا من التحكمات، أقول: حذفه لذلك "الأثمار" و"الفتح" وجعلا حكم الحاجة إلى العين وثمنها واحداً [٥٨١/٣].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٦١) وأما قوله : " ولا بجهل قدر مسافة جهة ... إلخ فمن غرائب الاجتهاد ، فإن ذكر اللقب لا يرفع الجهالة للمقدار فكيف لا يجوز لأجير أن يترك الإجارة لهذا الجهل الذي يسوغ به ماهو أشد لزوماً من الإجارة كما قدمنا في الخيارات .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٨٢) .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٣٧) .

(٤) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٧٥) .

وخيار الرؤية إنما هو للمشتري كما تقدم، وكان شيخنا رحمه الله تعالى يقوي خيار الأجير إذا حصل تغرير كما تقدم مثله في تغرير البائع بحقارة المبيع.

فصل (و) إذا قلنا أن الإجارة لا تنفسخ بالموت فإن الإجارة المعقودة في شيء من التركة (**تنفذ**[أ] **مع الغبن الفاحش**) للمؤجر نحو أن يكري داراً بخمسة وكرى مثلها عشرة ثم يموت قبل استهلاك المستأجر للمنفعة فإن الغبن يحسب (**من رأس المال**) لا من الثلث لكن بشرط أن يكون عقدها (**في**) حال (**الصحة وإلا فالغبن من الثلث**) ولا وجه لتخصيص عقد غبن الإجارة بالذكر من دون غبن المبيع ونحوه، ويكفي من ذلك ما سيأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى.

(و) إذا تبرع رجل بالعمل الآخر ولم يستأجره عليه فإن الأجرة (**لا يستحقها المتبرع ولا الأجير حيث عمل غيره لا عنه أو**) عمل الأجير ما استؤجر عليه لكن (**بطل عمله قبل التسليم**) للمنفعة (**كمقصور**) استؤجر على قصره فلما فرغ من قصره (**ألقته الريح في صبغ**) قبل أن يسلمه مقصوراً لأن ثمن المنفعة لا يستحق إلا بقبضها وإلا تلفت من مال البائع كالمبيع (**أو أمر**) الأجير (**بالتسويد**) للمصبوغ (**فحمر**) وهذا تكرير لبطلان المنفعة مع أنه مخالف لما تقدم[ب] من قوله ومن خالف في صفة للعمل بلا استهلاك.

(أ) **(فصل):** وتنفذ مع الغبن الفاحش، أقول: أي مع غبن المؤجر غبناً فاحشاً في أجرة العين التي أجرها، ومعنى نفوذها أنه ليس له ولا لورثته نقضها.

(ب) **قوله:** مع أنه مخالف لما تقدم، أقول: قيد "الفتح" المخالفة ههنا بأن تكون لغير ما مر من الفسخ الذي يحصل به الاستهلاك أو غيره إذ قد مر حكمه، انتهى. وكأنهم فرقوا بين المخالفة في نفس العمل والمخالفة في صفة العمل فليس بتكرار.

نعم يطالبون بالدليل على اختلاف حكم المخالفة في الصفة أو في العمل، وزاد في "الفتح" و"الأثمار" في أحكام مخالفة العمل أنه يجب أرش نقصه وهو ما بين قيمته قبل ذلك وقيمته مغيراً إلا أنها لا تلزم

(**و**) الأجرة أي ضمان قدرها (***تلزم من رُبِّيَ في غصب***) حال كونه (***مميزاً***[أ] ***أو حبس فيه بالتخويف***) فقط لا بالإكراه الذي أخرج عن حد الاختيار .

(**و**) ضمان قدر الأجرة يلزم (***مستعمل الصغير في غير المعتاد***) أي غير ما يتسامح به باستعماله فيه (***ولو***) كان المستعمل له (***أباً***) وإذا اتفق المستخدم الصبي بنية كون نفقته أجرته فإنه (***يقع***[ب] ***عنها إنفاق الولي فقط***) ويكون أيضاً (***بنيتها***) وإلا

القيمة والتخيير إلا إذا كان نقصه بالمخالفة فوق النصف أي فوق نصف القيمة فيخير المالك بين أخذه وأخذ الأرش أو تركه للأجير ويأخذ قيمته .

ثم قال: وهكذا ذكر الفرق المؤلف وهو في بعض حواشي شرح الأزهار ومثله ذكره الصعيتري وغيره في مسألة الربح الآتي ذكرها.

(أ) **قوله:** مميزاً، أقول: أي يعقل النفع والضر وفي الفتح حوله إلى متصرف، [قال][1] أي بلغ حد التصرف وهو الاستعمال الذي هو الدبيب على الأرض لا لو كان في المهد لا يدب فلا شيء عليه، هكذا ذكره ابن خليل[2] وصححه الفقيهان[3] وقواه المؤلف، ثم قال الإمامان والمربى والمحبوس يرجعان على المربي والحابس بما لزمهما من الأجرة لأنها لزمتهما بسببهما وهو الذي اختاره الفقيه "ل" وهذا على مذهب المؤيد بالله، وأما الهادوية[4] فإنهم يقولون: إنها من أول الأمر على المربي والحابس ولا مطالبة للصبي والمحبوس لأن المكره آلة للمكره، ولذا أوجبوا القود عليه.

(ب) **قوله:** ويقع عنها إنفاق الولي، أقول: في الفتح وتبقى النفقة الأصلية عليه ديناً، وقال المؤلف بل تبقى الأجرة على ذلك العمل ديناً لأن النفقة إنما تقع عن الواجب الأصلي فقد سقط بها إذ لا يحتاج

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٢٨٢) .

(٣) كذا في المخطوط والذي في شرح الأزهار (٧ / ٢٨٢) : وقال علي خليل ، وصححه الفقهاء يحيى بن حسن البحيبح ، ومحمد بن سليمان ، ومحمد بن يحيى .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٦٠ – ٦١) .

. . . .

فيه إلى تقدير نية وصفة، ولا وجه أن يعكس فيقال النفقة تمنع عن الأجرة لأنها قد أسقطت عينها ولأن الأجرة تقضي من جنس مخصوص وقدر معلوم وهي أجرة المثل.

ثم إنها قد تكون مساوية بالتقويم للمنفعة وقد تكون أكثر وقد تكون أقل، فعرفت صحة ما ذكره المؤلف وهو الذي ذكره ابن مظفر في البيان والكواكب، انتهى. والذي في "الأثمار" وشرحه ويقع عنها إنفاق الولي بنيتها وهي متقدمة "المؤيد بالله" ولو أباً قال شارحه.

حاصل ما حققه المؤلف أن المستعمل للصغير في غير المعتاد إذا أنفق عليه ناوياً للنفقة عما عليه من الأجرة إن لم يكن له ولاية على الصغير لم يسقط عنه أجرته ولا يستحق عوضاً عما أنفق إذ هو متبرع بإنفاقه فإن كان له ولاية على الصغير فإن كان غير أبيه صحت نيته ووقعت النفقة عما عليه من الأجرة اتفاقاً، وسواء قارنت النية أو تقدمت، وأما إذا كان المنفق المستعمل هو الأب فكذلك على أصل[1] المؤيد بالله لقوله: إن نفقة الصغير من ماله إذا كان له مال.

وأما على أصل الهادي فلا يصح ذلك لقوله: إن نفقة الصغير على أبيه ولو كان الصغير موسراً فلا يصح أن ينفق بنية ما عليه من الأجرة، انتهى. ولا يخفى ما في نقل "الفتح" عنه وبين عبارته وما في عبارة "الأزهار" من القصور عن إفادة إخراج الأب من الأولياء كما هو مذهب الهادي والتدوين له وقد جعل التقدم خاصاً للمؤيد بالله.

واعلم أن دليل أصل المسألة لم يذكره الشارح والظاهر أن دليله أن الأصل في المنافع أن لا تستهلك إلا بالأجرة فمن استعمل الصبي في غير المعتاد لزمته أجرته وكان تخصيص المعتاد بالإجماع الفعلي خلفاً عن سلف فاستعمال الصبيان فيما يعتاد بغير تناكر ولا ذكر للأجرة، إلا أنه لا يخفى أنه إن أريد بغير المعتاد ما لا يطيقونه من الأعمال فهو لا يجوز استعمال المكلف فيها فضلاً عن غيرهم وإن أريد ما يطيقونه وتعورف بين الناس فعلهم له مثل كحمل الجوائح من الأسواق ونحوها والانتفاع بهم في المساكن بتقريب ما يراد تقريبه فهذا أيضاً مما وقع عليه الإجماع، وقد استخدم النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنساً وهو ابن عشر سنين ولم يذكر أجرة ولا أمر بها الناس وهو محل البيان

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٨٣) .

كان تبرعاً وقال المؤيد بالله[1] والنية تصرف الإنفاق إلى الأجرة (**ولو لم تقارن**) الإنفاق ولكن (**إن تقدمت**) قبله فقط لا لو وقعت بعده.

(**و**) كذا تلزم الأجرة (**مستعمل الكبير مكرهاً والعبد كالصغير**[2]) سواء عمل العبد برضاه أو بغير رضاه وأما رقبة العبد فإنه يضمن العبد المكره مطلقاً سواء كان مأذوناً في التصرف أو غير مأذون صغيراً أو كبيراً انتقل أو لم ينتقل سواء استعمل في كثير أو يسير .

(**و**) كذا يضمن من استعمل عبداً (**محجوراً**) ولو بغير إكراه لكنه إنما يضمنه إذا (**انتقل**) بالاستعمال (**ولو**) انتقل (**راضياً**) حق العبارة حذف "لو" لأن الكلام في الراضي لا في المكره فقد تقدم وقال المؤيد بالله ولو لم ينتقل إذ قد استولى عليه الأمر، والكل محل نظر لأن العبد الراضي مباشر للانتقال والأمر مسبب ولا شيء على المسبب

والتعليم، وقد أخرج الترمذي[3] وأبو داود [4]وغيرهما[5] من حديث أبي هريرة: " كنت قاعداً مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأتته امرأة فقالت: يا رسول الله، أما زوجي فيريد أن يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من عذب الماء" الحديث، ولم يقل لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه يجب له الأجرة أو اجعلي نفقته بنية أجرته ولا تستعمليه إلا فيما يعتاد، ومن تتبع الأخبار والسير وجد من هذا شيئاً كثيراً.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٦١ – ٦٢) .

(٢) فالأولى أن يكون له حكم الدابة إذا استعملها غير مالكها بغير إذنه فإنها تلزم الأجرة .
" السيل الجرار " (٢ / ٧٦٣) .

(٣) في " السنن " رقم (١٣٥٧) .

(٤) في " السنن " رقم (٢٢٧٧) .

(٥) كالنسائي رقم (٣٤٩٦) وأحمد (٢ / ٤٤٧) والبيهقي في " السنن الكبرى "(٤ / ٣) والحاكم (٤ / ٩٧) وقد تقدم .

وهو حديث صحيح .

مع وجود المباشر، لكن العبد لا يلزمه دين لسيده فالحق أن غصب العبد إنما يثبت بإكراهه بخلاف البهيمة للفرق بينهما بالعقل وعدمه.

فصل

(و) الأجرة (*تكره*[أ] *على العمل المكروه /٣/٥٨٢/ على واجب أو*

(أ) **فصل:** وتكره على العمل المكروه، أقول: زاد في "الأثمار"[١] و"الفتح" أنه يجب الاستئجار والعمل حيث يكون أصل الوجوب على المستأجر غير الأجير ويتعين الأجير كحفر قبر ونحوه فإنه يجب على الوصي أو الوارث أو ذي الولاية أن يستأجر من يحفر قبر المسلم.

ويجب على الأجير القبول والحفر حيث لا يوجد غيره أو امتنع غيره إذ هو حينئذٍ فرض كفاية، وزاد أو يندبان، وذلك حيث يستأجر الحاج بعد الرمي من يحلق له رأسه أو يقصره فإن الاستئجار والعمل مندوبان منهما ويحل الأجرة للأجير انتهى بمعناه.

ومثله في "البحر"[٢] وجزم في "البحر" بمثل هذا فإن الأجرة على غسل الميت محرمة لا على حفر القبر فإنها جائزة، وفرق في "البحر "بينهما بأنه لا يختص القبر إذ قد يحفر له ثم يجعله لغيره بخلاف غسله، ورده في "المنار"[٣] بقوله لا أرى هذا الفارق [٣/٥٨٢] شيئاً لأنا لم نجعل تحريم الأجرة على الغسل لأنه له بحسب الحقيقة والواقع.

بل لأنه واجب فلا يقابله أجرة، وهذا حاصل بتمامه في حفر القبر ويصدق على ما حفر لأجل الميت أنه طاعة ولا يخرج بتحويله ولا بتعطيله العارض عن كونه طاعة، لأن الطاعة بحسب الحامل لا بحسب الحاصل، ولذا لو حفره لكافر فدفن فيه مؤمن لم يكن طاعة والعكس في العكس فالاعتبار إنما هو بالوجه الذي وقع عليه الحفر، وقد يعبرون بغير هذه العبارة راجعت شيخي الإمام المتوكل على الله قال هذا المحفور لا يتعين للوجوب.

قلت: له غايته أحد الواجبات على البدل وكل تكليف كذلك فسكت.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٨٩).

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٥٥) .

(٣) (٢ / ١٠٢) .

محظور) وقد[أ] تقدم في ذلك كلام جملي يعني عن ذكر الجزئيات وسواء كان كل من الثلاثة (**مشروطاً**) عند دفع الجعالة باللفظ (**أو مضمراً**) وسواء (**تقدم أو تأخر**).

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو أثيب فاعل الواجب أو أعين بحيث[ب] لا يتوقف فعله للواجب على تسليم ما يعطي فإن ذلك جائز... إلا أن ذلك ليس من مفهوم الأجرة

(أ) **قوله:** تقدم في ذلك كلام جملي، أقول: تقدم في رسم الإجارة حيث قال غير واجبة ولا محظورة [ولا][1] ولكن لم يتقدم ذكر المكروه ثم كلامه هنا أيضاً جملي إنما ذكره ليذكر ما يتعلق به من الأحكام التي لم يسبق لها ذكر.

(ب) **قوله:** بحيث لا يتوقف تسليمه على ما يعطى، أقول فسر غالباً في الغيث بمثل تفسير الشارح وفي شرح الأثمار بأنه احتراز عن استئجار الإمام للمجاهدين للجهاد فإنه يصح إذا لم يتمكن من حمل المجاهدين على الجهاد إلا بالأجرة، وكذا المشهود له إذا لم يتمكن من الوصول إلى حقه إلا ببذل مال للشاهد فإنه يجوز الاستئجار والعمل، وغير ذلك قلت: واستدل في "البحر"[2] لأجرة المجاهد بحديث[3]: " اللهم اجعل رزقي تحت ظلال رمحي ".

قال عليه في "المنار"[4] المعروف في الحديث: " اجعل رزقي تحت ظلال رمحي، واجعل الذلة والصغار على من خالف أمري" أخرجه البخاري[5] في ترجمة باب وليس في هذا دلالة على ما أراد لأن المراد الغنيمة، وإنما يدل على الأخذ حديث:" مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الجعل يتقون به مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها " أخرجه أبو داود في مراسيله[6] وأبو نعيم[7] والبيهقي[8] عن جبير بن نفير مرسلاً فهذا يدل على أنه يأخذ ما يتقوى به، انتهى.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٥٤) .

(٣) تقدم تخريجه . (٤) (٢ / ١٠١) .

(٥) في صحيحه (٦ / ٩٨ الباب رقم (٨٨) باب ماقيل في الرماح .

(٦) رقم (٣٦) .

(٧) لم أقف عليه . (٨) في "السنن الكبرى " (٩ / ٢٧) .

وإنما هو بر ومعاونة فلا حاجة إلى الاحتراز عنه (**فيصير**) الأجـرة في يـد آخـذها (**كالغصب**) في أحكامه الآتية إن شاء الله (***إلا في الأربعة***) الأحكام الماضية في البيع الباطل بفقد ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكهما وهي أنه يطيب ربحه ويبرأ من رد إليه .

ولا أجرة إن لم يستعمل ولا يتضيق الرد إلا بالطلب، إلا أنه تقدم أن ربـح مـا لا يصح تملكه لا يطيب لأنه قبضه لوجه محظور، وكذلك الأمر هنا وإذا كان القبض بوجـه محظور تضيق الرد لما عرفت في الأصول من أن النهي يقتضي[1] ترك المنهي عنه فوراً، وإنما يتمشى استثناء الأربعة في فقد ذكر الثمن أو المبيع لأن تسليم أحد المتبايعين ماله إلى الآخر برضاه لا في مقابلة عوض ليس بمحظور، لكن حرمة الأجرة إنما تكـون (***إن عقدا***[2]) أي: شرطاها على الواجب والمحظور .

(**ولو**) ذكرا في العقد أنها (**على مباح حيلة**) قصد بها التوصل إلى الحـرام أو الواجب خلافاً للمؤيد فجعل[أ] الحكم للعقد والمعقود عليه وإن كان وسـيلة إلى الحـرام

قلت: ويستدل للشاهد بحديث"أكرموا الشهود فإن الله يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلـم"[3] أخرجه البانياسي في حزبه والخطيب وابن عساكر عن ابن عباس.

(أ) **قوله:** فجعل الحكم للعقد، أقول: قال عليه "المنار"[4] هذا من تعليقهم الأحكام بالألفاظ التي يعلم

---

(١) انظر : " إرشاد الفحول "(ص ٣٨٤) بتحقيق " المسودة " (ص ٨١) " شرح الكوكب المنير " (٣ / ٨١).

(٢) لاوجه له لأن الحرام حرام على كل حال . " السيل الجرار " (٢ / ٧٦٥) .

(٣) أخرجه الخطيب في " تاريخ بغداد " (٤ / ٣٢٥ رقم ٦٣٥) والقضاعي في مسند الشهاب (١ / ٤٢٦ – ٤٢٧ رقم ٤٨٤) والعقيلي في " الضعفاء " (٣ / ٨٤) في ترجمة عبد الصمد بن علي الهاشمي . وابن عساكر في " تاريخ دمشق " (١٠ / ٣٣٦ – ٣٣٧) مخطوط ، والشجري في " أماليه " (٢ / ٢٣٧) وابـن الجـوزي في " العلـل المتناهية " (٢ / ٢٧٤ – ٢٧٥) . إسناده ضعيف .

وقال أبو بكر البرقاني وغيره ضعيف،وقال الذهبي" منكر"فيه عبد الصمد بن علي بن عباس الهاشمي .وهو ضعيف .

(٤) (٢ / ١٠١ – ١٠٢) .

فقد[أ] عرفناك الخلاف في تحريم وسيلة الحرام التي يتم بدوهما ولم يحرمها غير المالكية وإن كانت مكروهة عند من سواهم (**وألا**) يكن عقد بل مجرد قبض بنية الحرام والواجب لم يكن كالغصب وإن (**لزم التصدق بها**) لأها من وجه محظور لكن[ب] في كون العقد

أن المراد غير مدلولها بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير كما تقدم في العيِّنة،ولا نسلم أن هذا ظاهر إذ كلامنا في الحكم في نفس الأمر وفيما بين العبد وربه لافيما بين المتداعيينلغرض المسألة فيما ذكرنا .

(أ) **قوله:** فقد عرفناك الخلاف في تحريم وسيلة الحرام، أقول: الحق أن وسيلة الحرام حرام فإنه حرم نظر الأجنبية لكونه وسيلة إلى الحرام، وحرم الخلوة بها لذلك بل أبلغ من هذا أنه تعالى نهى عن ذريعة ذريعة الحرام فقال﴿ **وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ** ﴾[٢]فنهى عن ضرب المرأة برجلها لئلا يسمع صوت حليتها المخفية، وسمع صوت الحلية ذريعة إلى فتنة السامع له، فنهى عن ذريعة الذريعة، ونهى عن سب الأصنام إذا كان ذريعة إلى سبه تعالى فقال ﴿ **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ** ﴾[٣]الآية فذرائع الحرام منهي عنها وكل منهي عنه الأصل فيه التحريم، وقد بسطنا هذا في محل آخر.

(ب) **قوله:** لكن في كون العقد.. إلخ، أقول: يظهر قوة هذا وأنه لا أثر للعقد ولا غصبية فيما يقضي بالرضى وعقد لا يملك شيئاً ولا يصحح عوضاً عقد لاغ هذا، ولابن القيم[٤] تحرير حسن في المسألة

---

(١) وأما قوله : " وإلا لزم التصدق بها " فلا وجه له بل يجب رده لمالكه فإن امتنع من قبوله وجب عليه أن يخلي بينه وبينه ، فإن شاء قبضه وإن شاء تركه لأن التصدق بمال الغير بغير إذنه لايجوز ، وأما كونه يعمل بالظن عند اللبس فظاهر ، ولكن عروض اللَّبس في مثل هذا قليل الوقوع ، لأن المقاصد لا تخفى ، فإن كان في الذي دفع إليه المال ما يحتمل أن يكون دفعه إليه لوجه جائز ولوجه غير جائز فالمؤمنون وقافون عند الشبهات .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٦٥) .

(٢) [سورة النور : ٣١] .

(٣) [سورة الأنعام : ١٠٨] .

(٤) (٥ / ٦٩٠ - ٦٩١) .

حيث قال: فما تقولون في كسب الزانية إذا قبضته ثم تابت هل يجب عليها رد ما قبضته إلى أربابه أم يطيب لها أم تتصدق به؟.

قلنا[1]: هذا ينبني على قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام وهو أن من قبض ما ليس له قبضه شرعاً، ثم أراد القابض التخلص منه فإن كان المقبوض قد أخذ بغير رضى صاحبه ولا استوفى عوضه رده عليه فإن تعذر رده قضى به ديناً يعلمه عليه فإن تعذر ذلك رده إلى ورثته فإن تعذر ذلك تصدق به عنه، فإن اختار صاحب الحق ثوابه يوم القيمة كان له.

وإن أبى إلا أن يأخذ من حسنات القابض استوفى منه نظير ماله وكان ثواب الصدقة للمتصدق بها، كما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم.

وإذا كان المقبوض برضى الدافع وقد استوفى عوضه المحرم كمن عاوض على خمر أو خنزير أو على زنى أو فاحشة فهذا لا يجب رد العوض على الدافع لأنه أخرجه باختياره واستوفى عوضه المحرم فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض، فإن في ذلك إعانة له على الإثم والعدوان وتيسير أصحاب المعاصي عليها، فهذا مما تصان الشريعة عنه ولا يسوغ القول به وهو يتضمن الجمع بين الظفر والفاحشة والغدر ومن أقبح القبيح أن يستوفي عوضه من المزني بها ثم يرجع فيما أعطاها قهراً وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء ولا تأتي به شريعة، ولكن لا يحل للقابض أكله بل هو خبيث كما حكم عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ولكن خبثه لخبث مكسبه لا ظلم من أخذ منه، فطريق التخلص منه وتمام التوبة بالصدقة وإن كان محتاجاً إليه فله أن يأخذ منه قدر حاجته ويتصدق بالباقي، فهذا حكم كل كسب خبيث لخبث عوضه عيناً كان أو منفعة ولا يلزم من الحكم بخبثه وجوب رده على الدافع، فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكم بخبث كسب الحجام ولا يجب رده على دافعه، انتهى. من بحث طويل أودعه آخر الهدي.[2]

---

(١) كذا في المخطوط والذي في " زاد المعاد " (٥ / ٦٩٠) قيل.

(٢) " زاد المعاد " (٥ / ٦٩٠ – ٦٩٣).

موجباً فيها أحكام الغصب مع أن العقد والتسليم كليهما صادران باختيار مما لا مناسبة فيه لتأثير الغصبية، بل الظاهر أنه طرد وإن مناط الغصبية إنما هو عدم رضى رب المغصوب، ولا وليه.

(و) إذا التبس على آخذ الجعالة قصد معطيها فإنه (**يعمل في ذلك بالظن** [1]) إلا أن الظاهر فيما سلم إلى الولاة والحكام والبغايا[أ] واللصوص والشطار[ب] ونحوهم هو

وكلامه كما ترى مطلق عن التفرقة بين العقد وعدمه، وتقييده لوجوب التصدق على التائب لأنه الذي ينبغي البحث فيه وإلا فإنه يجب التصدق به وإن لم يتب، وإلا كان آثماً بعدم التصدق به مع إثمه بعدم التوبة من إتيان الفاحشة، وأما ثواب هذه الصدقة فلم يتكلم عليها والأظهر أنها لقابضها لا لباذلها فإنه إنما بذلها معاوضاً بها على معصية فهو آثم ببذلها ولا يستحق عليها إلا العقاب، فالأجر في التصدق بها لمن قبضها وإن كان غير مالك لها فلا ينافي ذلك ثبوت الأجر له، لأنه يؤجر على الامتثال في إخراجها من يده، وأما نفس العين فهي مال الله [تعالى][2] لا مالك لها لأن مالكها أخرجها عن ملكه بطيبة من نفسه فلم يبق له ملك، وأما قابضها فإنه لم يملكها لأنها عوض محرم.

(أ) **قوله:** والبغايا، أقول: جمع بغية وهي الزانية، وقد ثبت النص الصريح بتحريم مهر[3] البغي وحلوان الكاهن وهو ما يعطى على كهانته، فالذي يعطاه البغايا محرم بالنص لا يقال فيه الظاهر هو قصد الفاحشة المحرمة.

(ب) **قوله:** والشطار، أقول: جمع شاطر وهو في اللغة[4] من أعيا أهله خبثاً ولا معنى له هنا فمراده

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٢٩٦) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) يشير إلى الحديث الذي أخرجه أحمد (٤ / ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠) والبخاري رقم (٢٢٣٧) ومسلم رقم (٣٩ / ١٥٦٧) وأبو داود رقم (٣٤٨١) والترمذي رقم (١٢٧٦) والنسائي رقم (٤٦٦٦) وابن ماجه رقم (٢١٥٩) .

عن أبي مسعود عقبة بن عمرو قال : نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي وحلوان الكاهن " وقد تقدم .

(٤) انظر " القاموس المحيط " (٥٣٣) .

قصد الوجه المحرم لما أعطوه حتى تقوم قرينة ظاهرة في صرفه عن ذلك الوجه (**فإن التبس**) قصد المعطي على الآخذ (**قبل قول المعطي**) أنه لم يقصد الوجه المحرم للعطاء، وأما أنه يقبل قوله (**ولو بعد قوله**) أنه أعطاه عن قصد كونه (**على المحظور**) فمما [٥٨٣/٣] لا ينبغي نسبته إلى عالم لأن تصريحه بقصد المحظور خرم(أ) لعدالته يوجب عدم قبول خبره الثاني.

المعنى المعروف، وهو الذي يلعب فوق الحبال ونحوها وهي صنعة من صناعات اللعب لا تحرم ولا يحرم عليه الذي يعطاه [٥٨٣/٣].

(أ) **قوله:** خرم لعدالته، أقول: هذا واضح لا لبس فيه والأظهر أنه لا يقبل قوله مطلقاً بل ينظر إلى قرائن الأحوال، فإنه لا يبذل أحد ماله إلا لغرض دنيوي في الغالب فلا بد من النظر فيما وقع الإعطاء لأجله ولأي غرض ويعرف ذلك بالقرائن فهي دلائل أحوال الناس ولقد تمر بالشخص الأعمار الطويلة وهو خال من الأعمال التي يرجى نفعه فيها وضره لا يرفع إليه أحد رأساً فإذا تعلق بشيء من ذلك سالت عنه سيول العطايا والهبات باسم النذر ونحوه والله أعلم ما المراد من ذلك.

ولذا قال الشارح إنما يسلم إلى من ذكره، الظاهر فيه قصد الوجه المحرم ولا أثر للفظ المعطى وقد أخرج أحمد(١) وأبو داود(٢) في سننه عن أبي أمامة الباهلي قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم" من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً من أبواب الربا " [و](٣)الحديث وإن قال الحافظ ابن حجر في "بلوغ المرام"(٤) أن في إسناده مقالاً فقد أوضحنا في شرحنا سبل السلام أنه أشار إلى أن فيه القاسم بن عبد الرحمن أبا عبد الرحمن الدمشقي مولى آل معاوية ويقال فيه الأموي مولاهم يعرف بأنه صاحب أبي أمامة، فإنه وثقه ابن معين وقال الترمذي: إنه ثقة وغاية ما قدحوا به فيه أنه يأتي عن الصحابة بالمعضلات، قال الذهبي بعد ذكر توثيق ابن معين: قال الجوزجاني: إنه كان

---

(١) (٥ / ٢٦١) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٥٤١) وهو حديث حسن .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) (٥ / ١٢٦) .

فصل

(**و**) إذا اختلف المتآجران فإن (***البينة على مدعي أطول المدتين***) الثابتتين الباقيتين وكذا المسافتين كما تقدم في تأجيل الثمن (**و**) البينة أيضاً على مدعي (**مضي**) المدة (***المتفق عليها***) مع ثبوت يد المنكر (**و**) كذا البينة (***على المعين للمعمول فيه***) والمعين لصفة العمل فإذا قال الصباغ هذا ثوبك وأنكر[أ] صاحب الثوب

خيراً فاضلاً أدرك أربعين من المهاجرين ثم ذكر توثيق الترمذي له في "الميزان"[1].

وروى إبراهيم[2] الحربي عن ابن مسعود قال السحت أن تطلب الحاجة للرجل فتقضى له فيهدى إليه فيقبلها، وروى أيضاً عن مسروق[3] أنه كلم ابن زياد في مظلمة فردها فأهدى له صاحبها وصيفاً فرده عليه وقال: سمعت ابن مسعود يقول من يرد عن مسلم مظلمة فرزق عليها قليلاً أو كثيراً فهو سحت.

(أ) **فصل:** والبينة على مدعي أطول المدتين قوله: وأنكر صاحب الثوب أقول: في الغيث فعلى القصار البينة لأنه مدعي براءة ذمته برد ما يدعيه واستحقاقه الأجرة به، ذكر ذلك محمد بن يحيى في النوازل فإن كان المعين للثوب هو صاحبه نحو أن يقول هذا ثوبي فيقول القصار ليس بثوبك لبينة على صاحب الثوب.

واعلم أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإما أن يبينا أولا يبينا أو يبين أحدهما إن لم يبينا فالقول قول المالك في أن الثوب الذي جاء به القصار ليس بثوبه مع يمينه، فإذا حلف لم تجب عليه الأجرة وهو إذا نكل وجبت عليه، والقول قول القصار أن ما ادعاه المقصر ليس بثوبه فإذا حلف بطلت دعوى المقصر، فإن نكل حكم له به، ولعل الأجرة تلزمه فإنه قد صار معترفاً بلزومها.

---

(١) " ميزان الاعتدال " (٣ / ٣٧٣ - ٣٧٤ رقم ٦٨١٧).

(٢) أخرجه الطبري في " جامع البيان " (٨ / ٤٣١ - عالم الكتب).

(٣) أخرجه الطبري في " جامع البيان " (٨ / ٤٢٩ - عالم الكتب).

أو أمرتني[أ] أن أصبغه أسود، وقال: لم آمرك بالسواد.

(**و**) على الأجير (***المشترك في قدر الأجرة***) ولا وجه لتخصيص الاشتراك فإن البينة[ب] على مدعي زيادة القدر من مشترك أو خاص (**و**) كذا تجب البينة على المشترك (***في رد ما صنع***) إذ الأصل عدم الرد.

(**و**) البينة عليه في (***أن المتلف***) للمعمول فيه (***غالب إن أمكن البينة***) عليه وإلا فالقول قوله وفيه نظر، لأن الأصل ضمان المشترك وعدم الغالب، فهو مدع لخلاف الأصل فيبين مطلقاً (**و**) البينة (***على المالك في***) أصل (***الإجارة***) إذا أنكرها من

وأما إن بينا نظر فإن اتفقا أنه لم يسلم إلا ثوباً واحداً تكاذبت البينتان وكانا كما لو لم يقيما بينة، وإن لم يتفقا على ذلك حمل البينتان على السلامة، وأنه قد سلم له ثوبين فيستحق ما ادعى ويجب عليه الأجرة لبيت المال، وأما إن بين أحدهما فإن كان القصار فله الأجرة والثوب لبيت المال وإن كان المقصر استحق ما ادعى من الثوب وعليه الأجرة كما تقدم، وأما الثوب الذي جاء به القصار فقد صار لبيت المال على الوجوه جميعاً، انتهى.

(أ) **قوله:** أو أمرتني أن أصبغه أسود، أقول: هذا ليس من تعيين المعمول فيه بل من المخالفة في صفة العمل، وسيأتي والشارح لما أدرجه في [تعيين][1] المعمول فيه اتجه له الاعتراض على ما سيأتي وصاحب "الأثمار "لما أراد إدراجه في تعيين المعمول أتى بلفظ نحو قال شارحه أراد بنحو المعمول فيه أن يختلف المالك والأجير في صفة العمل ثم ذكر أمثلته.

(ب) **قوله:** فإن البينة على مدعي زيادة [القدر][1]، أقول: قد عمم صاحب "الأثمار" العبارة حيث قال: فدعوى مدعي الزيادة في الأجرة قال شارحه أي ومن دعوى خلاف الأصل أن يدعي المشترك والخاص أن الأجرة عشرة دراهم فيقول المستأجر بل خمسة فالقول قول المستأجر.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

ادعاها عليه (**و**) في (***المخالفة***) لما أمره به من صفة العمل لكن هذا[أ] خلاف ما تقدم من أن البينة على المعين، ولهذا قال المؤيد بالله[1] وأبو حنيفة[2] القول قول المالك.

واحترز بقوله: (***غالباً***) عما لو أنكر المالك أمره بفعل الأكثر أجرة إلا أن[ب] هذا من إنكار زيادة القدر (**و**) مثله الاختلاف في قدر (***قيمة التالف و***) البينة على المالك في حصول (***الجناية كالمعالج***) بالفتح أي المطبوب إذا ادعى أن الطبيب فعل غير المعتاد في المعالجة .

(**و**) البينة (***على مدعي إباق العبد -المؤجر- بعض المدة إن***) كان العبد حال الاختلاف (***قد رجع***) إلى يد المستأجر (**و**) القول (***للمستأجر***) للعين (***في***

(أ) **قوله:** لكن هذا خلاف ما تقدم، أقول: تقدم أنه ليس بخلافه لأنه لم يجعل المخالفة في الصفة من قسم التعيين للمعمول فيه، واستدل المصنف لما قاله هنا من أن البينة[3] على المالك بقوله حجتنا أنهما اتفقا على الإذن في القطع[4] أي قطعه قميصاً .

واختلفا في صفته فكان القول قول المالك دونه كما لو اختلف المضارب وصاحب المال، انتهى. وزاد في "الفتح" إلا أن يكون بعده أي بعد العمل فيبين من خالف غالب عادته كأن يدعي المالك أنه أجره بقميص وقال الأجير: بل بقباء وكان غالب عمله فإنه يبين المالك وحيث كان غالب عمله القميص كان القول للمالك ويبين الأجير وإن لم يكن غالباً بل يعتادهما الأجير على سواء فله أي للأجير ويبين المالك إذ الأصل عدم المخالفة.

(ب) **قوله:** إلا أن هذا من إنكار الزيادة، أقول: وقد دخل فيما سلف وقد حذفه الأثمار والفتح هنا.

---

(1) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٣٠٣) .

(2) " البناية في شرح الهداية " (٩ / ٤٢٠ – ٤٢١) .

(3) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٣٠٨) .

(4) [أي قطعة قميصاً] .

الرد) لها (***و***) في (***العين***) نفسها لأن مستأجر العين أمين لا كالمشترك، إلا أن يُضمِّنَ غير أثر الاستعمال كان البينة عليه.

(***و***) أما في (***قدر الأجرة***[1]) فلأن البينة على مدعي الزيادة (***قيل***) وإنما يقبل قول المستأجر (***فيما***) أي في قدر أجرة ما (***تسلمه***) من الأعيان المستأجرة ولا حاجة[أ] إلى قوله (***أو***) تسلم (***منافعه***) لأن تسليم العين تسليم للمنفعة (***وإلا***) يكن المستأجر قد تسلم العين (***فللمالك***) ما ادعى وأشار[ب] المصنف بالقيل إلى أن لا فرق بين دعوى زيادة قدر الأجرة قبل التسليم وبعده، إذ الأصل عدم الزيادة (***و***) إذا اختلفا في أن العين أو العمل بأجرة أو بلا أجرة، كان القول (***لمدعي المعتاد من العمل بها***) أي بالأجرة (***أو مجاناً وإلا***) يكن هناك عادة (***فللمجان***) أي القول لمدعيه إذ الأصل في المنافع عدم الأعواض وقال المؤيد بل هي كالأعيان الأصل فيها العوض ولم يزل المصنف

(أ) **قوله:** ولا حاجة إلى قوله أو يسلم منافعه: أقول: في شرح الفتح مثل هذا فإنه قال قبض المنافع قبض للعين إذ لا يتهيأ بدونها فكان يكفيه أن يذكر قبض العين ذكره في الرياض، وقال الإمام المهدي بل يتأتى ذلك حيث تمكن من الدار ونحوها ولم يستعمل فهو يوصف بأنه تسليم للمنافع دون الرقبة، انتهى.

قلت: وفيه تأمل.

(ب) **قوله:** وأشار المصنف بالقيل، أقول: هذا كلام الفقيه س[2] في "التذكرة "وقد رجع عنه وأمر بتصحيح ما أطلقه في التذكرة.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٦٦- ٧٦٧) : وأما قوله : " والقول للمستأجر في الرد والعين وقدر الأجرة " فخلاف الصواب لأنه يدعي ماهو خلاف الأصل والظاهر ، فالبينة عليه ، والاستدلال على ذلك بكونه أميناً تركيب دعوى على دعوى ، وأما كون القول لمدعي المعتاد من العمل بأجرة أو بغير أجرة فصحيح لأن المادة مقصودة للمتعاملين بها فمن ادعى خلافها فعليه البينة .

(٢) الفقيه حسن . وقد تقدم ذكره .

انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٣١٣) .

يكرر تفصيل الحكم عند الاختلاف وهو راجع إلى مناط واحد وهو كون القول قول مدعي[أ] خلاف الأصل.

فصل

(**ولا يضمن المستأجر**) للعين (**والمستعير**) لها (**والمستام**) أي المتروي للمبيع (**مطلقاً**) أي لا الغالب ولا غيره (و) كذا (**المشترك**) لا يضمن (**الغالب**) وإن ضمن [٣/٥٨٤] غيره. كما تقدم، ولكن إنما يسقط الضمان عن هؤلاء الأربعة ٠

(**إن لم يضمنوا**) فإن ضمنوا ضمنوا، أما المستعير فلما سيأتي في العارية من ضمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لدروع [1]صفوان بن أمية التي استعارها منه يوم حنين وقيس عليه المستأجر والمستام لأخذهم العين لغرض أنفسهم، ومثلهما المشترك لولا ما تقدم من دليل ضمانه.

تنبيه: لو كان عقد الإجارة على منفعة كمنفعة بهيمة أو رجل بمنفعة كذلك ثم تلفت عين إحدى المنفعتين، فهل يحكم بكون كل واحد من المتعاقدين أجيراً ومستأجراً إن حكم بذلك تناقض حكم الضمان وعدمه ونحوها من الفروق المذكورة لكل منهما وإن لم يحكم بذلك خلت القضية عن حكم الشرع والجواب أن الحكم يعتبر بالطالب للإجارة فيكون هو المستأجر والآخر هو الأجير والمستأجر بالفتح ويجري على كل منهما أحكامه.

(أ) **قوله:** قول مدعي خلاف الأصل، أقول: كذا في النسخة التي عليها خط الشارح والأولى حذف خلاف وكأنه سبق قلم [٣/٥٨٤].

---

(١) أخرجه أحمد (٣ / ٢٠١) ، (٦ / ٤٦٥) وأبو داود رقم (٣٥٦٢) وسيأتي وهو حديث حسن لغيره ٠

(و) لتلك الأدلة، قلنا (***يضمن المشترك غير الغالب و***) أما (***المتعاطي***) فللجناية (***و***) أما ضمان (***البائع***) للمبيع إذا تلف قبل التسليم فلأنه في الحقيقة فسخ، ولهذا لا يجب إلا رد الثمن لا القيمة .

(***و***) أما (***المرتهن***) رهناً صحيحاً فسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى.

(***و***) أما (***الغاصب***) فأمر ضمانه ضروري من الدين وكل هؤلاء يضمنون (***وإن لم يضمنوا وعكسهم***) في أنه لا يضمن وإن ضمن الأجير (***الخاص***) وقد تقدم (***ومستأجر الآلة***) إذا (***ضمن أثر الاستعمال***) لم يضمنه لما تقدم وإن ضمن ما زاد عليه إذا ضمن .

(***و***) أما (***المضارب***) فكان قياسه أن يكون كالأجير مشتركاً أو خاصاً.

(***و***) أما (***الوديع***) فعدم ضمانه لغير جناية ولا تفريط مما لا خلاف فيه (***و***) مثله (***الوصي والوكيل والملتقط وإذا أبرئ***) الطبيب (***البصير من الخطأ والغاصب والمشترك مطلقاً***) أي من عمد أو خطأ وكان البراء قبل الإتلاف لأنه لا فرق في صحة البراء بعده بينهم وبين غيرهم (بَرِئُوا)[أ] [هكذا وقع الفعل غير معل والقياس برئوا][1] وإنما قيد براء البصير بالخطأ لأن البراء عن العمد إباحة لتعمد الإيلام، ولا يستباح

(أ) **قال:** برئوا، أقول: بل القياس ما أتى به المصنف لأن الفعل مهموز لا معتل، فإنه قال في "القاموس"[2] وأبرأك منه وأبرأك وأنت بريء، ذكره في المهموز ولم يذكره في المعتل، وإنما وهم الشارح بظنه معتلاً وقد تحركت الياء وانفتح ما قبلها فقلبت الياء ثم تحذف فيقال: بروا وليس كذلك بل هي همزة لا ياء تكتب بصورة الياء، ومن .....[3] فإنه قال الشارح معلل والقياس معل.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " القاموس المحيط " (ص ٤٢) .

(٣) بياض في الأصل .

بالإباحة، وأما براء الغاصب والمشترك فمبني على أن البراء قبل تلف العين المضمونة إسقاط لضمانها، وإن الضمان مسبب عن نفس الغصب أو العقد ليصح البراء بعد وجود سبب المبرئ عنه وهو منقوض بعدم صحة البراء عن الرهن بعد عقده وقبل تلفه.

وإنما (**لا**) يبرأ (***المتعاطي***[1]) من الخطأ لأن خطأه عمد (**و**) أما عدم براءة (***البائع قبل التسليم***) فبناء على أن إسقاط ضمان العين تصرف فيها والمبيع[أ] لا

(أ) **قوله:** والمبيع لا يتصرف فيه قبل قبضه، أقول: قد عرفناك أن النص ورد بالنهي عن بيع الشيء المشترى قبل قبضه، فعمموا عبارة الحديث[٢] وأبدلوها بالتصرف وصيروا عبارتهم هي الدليل ولو أبقوا لفظ الحديث على ما ورد به لما كان لمنع البراء قبل القبض دليل، بل قد تقدم الدليل على خلافه وهو هبته صلى الله عليه وآله وسلم للبعير الذي شراه قبل قبضه، وذلك كالبيان منه صلى

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٦٨ – ٧٦٩) وأما قوله : " لا المتعاطي والبائع قبل التسليم ، فغير ظاهر ، لأن الإبراء كما قدمنا محلل مخلص لمن عليه الضمان من الضمانة ، وأما ما عللوا به المنع من إبراء المتعاطي بأنه عامد فإن كان العمل الذي تعاطى فيه مما لا يستباح بالإباحة فلا بأس وأما ما عللوا به عدم صحة إبراء البائع قبل التسليم من الضمان بقولهم إنه لا يصح إسقاط ضمان الأعيان ، فما أبرد هذا التعليل وأبعده عن قواعد الشرع فإن مالك العين إذا طابت نفسه عنها حلت ، وهي باقية بعينها ، فكيف لا يحل الإبراء من ضمانها وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الإبراء مايدفع هذا الخيال ، ويبدد شمل هذا الإشكال ، وأما عدم صحة إبراء المتبرئ من العيوب جملة فمن غرائب الرأي وساقط الاجتهاد ، لا سيما إذا كان المبرئ ممن يعرف العيوب ويتعلقها ، فالإبراء من جميعها كالإبراء من كل واحد منها ، وأعجب من هذا وأغرب عدم صحة إبراء المرتهن ، فإنه لايوجد لهذ المنع وجه يقبله من له عقل ، فضلاً عمن له علم ، والحاصل أن العالم العارف بقواعد الشرع إذا مرت به هذه المسائل المدونة في هذه الفصول وأمثالها لم يسعه إلا تكرير الاسترجاع ، وربما يقوم في وجهه من يريد تقويم الباطل فيقول له لا إنكار في مسائل الاجتهاد فيقال له متى فوض الله من يدعي الاجتهاد وعلى الشريعة التي أنزلها على رسوله وجعله حاكماً فيها بما شاء وعلى ما شاء فهذه نبوة لا اجتهاد وشريعة حادثة غير الشريعة الأولى ، ولم يرسل الله سبحانه إلى هذه الأمة إلا رسولاً واحداً ، وأما ما تقدم للمصنف في المقدمة من أن كل مجتهد مصيب ، فقد قدمنا بيانه وذكرنا مراد القائل به ، وأما ما سيأتي للمصنف في السير من أنه لا إنكار في مختلف فيه على من هو مذهبه فتلك مقالة تستلزم طي بساط غالب الشريعة وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان بطلانه.

(٢) تقدم وهو حديث صحيح.

يتصرف فيه قبل قبضه وفيه نظر، حاصله أن استحقاق ضمان العين اخص من استحقاق العين وارتفاع الأخص بالبراء لا يوجب ارتفاع الأعم، لجواز بقاء العين أمانة بعد رفع ضمانها فلا تصرف حينئذٍ في المبيع بعينه ولأن الإبراء إنما هو في الحقيقة عن قيمة التالف ولا استحقاق لها قبل التلف فالحق أن الإبراء من ضمان العين يصيرها أمانة لا غير والإبراء منها نفسها يصيرها مباحة.

(**و**) أما إنه لا يبرأ (***المتبرئ من العيوب***) في المبيع (**جملة**) غير معين لعيب منها فلأن الرد بالعيب من موجبات البيع إلا ما رضيه المشتري، وإنما يتحقق الرضى بالمعين لا بالمبهم.

(**و**) أما (***المرتهن***) رهناً صحيحاً فسيأتي الخلاف في عدم ضمانه بالأصالة فضلاً عن عدم براءته، وأما عند من ضمّنه [٣/٥٨٥] فالفرق بينه وبين المشترك والغاصب تحكم وبالجملة أحكام هذا الفصل محتاجة إلى تفصيل وتطويل والفقيه لا يخفى عليه مقتضى القواعد الأصولية والفروعية.

الله عليه وآله وسلم بأنهم لا يلحقون بالبيع قبل القبض غيره، وتحويلهم لعبارة الحديث الخاصة إلى عبارتهم العامة جناية على الحديث، وهي كعبارتهم بالاستعمال في تحريم الذهب والفضة ولم يرد النص إلا بتحريم الأكل والشرب في آنيتهما، وقد قدمنا هذا مراراً لزيادة الإفادة مع سعة الكتاب هذا وترداد أبحاثه [٣/٥٨٥].

باب المزارعة
وهي نوع من الإجارة

(**فصل**)

(***صحيحها أن يكري بعض الأرض***) بكــراء مقــدور (***و***) لــو[أ] قــال ثم (***يستأجر المكتري بذلك الكراء أو غيره على عمل الباقي***) ليوافــق قوله: (**مرتباً**) إذ المراد أنه يقدم الإكراء على الاستئجار إذ لو قدم الاســتئجار علــى عمل البعض لم يمكن الأجير العمل بعد العقد لتوقفه على صحة تصرفه في البعض الآخــر، ولا يصح منه التصرف فيه إلا بإكرائه منه أو تعيين ما استؤجر عليه، وكلا الأمرين غــير متعين على المستأجر ولا الأجير، بخلاف ما إذا قدم الإكراء فإن العمل ممكن بعــد عقــد الاستئجار لعدم توقفه على شيء.

وهذا[ب] ليس بشيء، لأنه مبني على أن معنى كون المنفعة مقدورة كونها متوقفة على شيء وهو فاسد، لأن غايتها أن يكون العقد مع تقديم الاستئجار موقوفاً علــى صــحة التصرف في البعض الآخر، أو يكون للأجير مطالبة المستأجر بتسليم المعمول فيــه بــأي وجه، لأنه تعلق له به حق العمل فيه لما التزموا من كون عقد الإجارة لازماً لا جائزاً فقط، فلا يجب الترتيب (***أو نحوه***) بأن يقول اكتريت منك نصف هذه الأرض بعمل نصفها مقدراً للعمل فيه لكنه لا يستحق قبض البعض المكري إلا بعد تسليم العمل في المعمول فيه فلا بد من شرط تعجيل قبض البعض المكري ليمكنه العمل في المعمول فيه لأنــه مشــاع

باب المزارعة
[فصل: صحيحها أن يكري][1]

(أ) **قولـه:** ولو قال ثم يستأجر إلى قوله ليوافق، أقول: لو قال كذلك لاستغنى عن قوله مرتباً، ولو قال الشارح هكذا لكان الصواب وقد أتى الأثمار بثم ثم حذف مرتباً.

(ب) **قولـه:** وهذا ليس بشيء، أقول: تظهر قوة هذا "البحث ثم رأيت "المنار"[2] قد ألم به.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) (٢ / ١٠٦ – ١١١).

وأما[أ] تفسير النحو بأن يستعير العامل من المالك بعض الأرض وتبرع بعمل الآخر فذلك غير الإجارة التي نحن بصدد أحكامها، ولا بد [من][1] أن يكون كل من الإكراء والاستئجار (**مستكملاً لشروط الإجارة**) التي تقدمت من كون المدة والأجرة والمنفعة معلومات (**وإلا فسدت كالمخابرة**) وهي[ب] المزارعة على نصف أو ثلث الغلة

(أ) **قوله:** وأما تفسير النحو، أقول: فسرها المصنف بذلك في الغيث[2] وتعقبها حفيده بمثل كلام الشارح فقال: الصحيح أن هذه الصورة ليست من هذه الأنواع فلا يستقيم أن يفسر بها وإن كانت مستقيمة في بابها.

(ب) **قوله:** وهي المزارعة، أقول: فيه عدم مرادفة المخابرة للمزارعة وليس بينهما فرق إلا أنها بجزء مما تخرج الأرض، قال الحافظ ابن حجر في "الفتح"[3] عند تفسير بعض تراجم[3] البخاري أنه يرى [يعني البخاري][1] أن المخابرة والمزارعة بمعنى واحد وهو وجه للشافعية.[4]

والوجه الآخر أنهما مختلفان في المعنى فالمزارعة العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك، والمخابرة مثلها إلا أن البذر من العامل، وقد أجازهما أحمد[5] في رواية ومن الشافعية ابن خزيمة وابن المنذر والخطابي، انتهى.

وفي "النهاية"[6] نهى عن المخابرة قيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما، والخبرة النصيب وقيل هي من الخبار الأرض اللينة، وقيل أصل المخابرة من خيبر لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقر أهلها على النصف من محصولها، فقيل خابرهم أي عاملهم في خيبر، انتهى. وقد رد هذا القول بأن المخابرة كانت تسمى بهذا الاسم قبل مولد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٣٢٠) .

(٣) في " فتح الباري " (٥ / ١٠) باب المزارعة بالشطر ونحوه .

(٤) " البيان " للعمراني (٨ / ٢٧٧) .

(٥) " المغني " (٧ / ٥٥٦) .

(٦) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٤٦٨ - ٤٦٩) .

الحاصلة، وقال الباقر[أ] والصادق[١] والناصر وزيد والمؤيد وروي عن الهادي[٢] أنها صحيحة .

(أ) **قولـه:**وقال الباقر،أقول:في البخاري[٣]في المزارعة قال قيس بن مسلم عن أبي جعفر[٤]ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي[٥]وسعد بن مالك[٦]وعبدالله بن مسعود وعمر[٧]بن عبد العزيز والقاسم[٨]وعروة[٩]وآل أبي بكر[١٠]وآل علي وآل عمر[١٠]وابن سيرين[٨]

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٦٤ – ٦٥) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٦٤) " شرح الأزهار " (٧ / ٣١٨) .

(٣) في صحيحه (٥ / ١٠ – مع الفتح) .

(٤) هو محمد بن علي بن الحسين الباقر

قال الحافظ في " الفتح " (٥ / ١١) وهذا الأثر وصله عبد الرزاق في مصنفه (٨ / ١٠٠ رقم ١٤٤٧٦) .

(٥) أثر علي وصله ابن أبي شيبة (٦ / ٣٣٩ رقم ١٢٧٥) من طريق عمرو بن صليح عنه : أنه لم ير بأساً بالمزارعة على النصف " .

(٦) أثر ابن مسعود وسعد بن مالك – وهو سعد بن أبي وقاص – وصلها ابن أبي شيبة – في مصنفه (٦ / ٣٣٧ رقم ١٢٦٩) من طريق موسى بن طلحة قال : " كان سعد بن مالك وابن مسعود يزارعان بالثلث والربع " .

(٧) أثر عمر بن عبد العزيز وصله ابن أبي شيبة (٦ / ٣٤١ رقم ١٢٨٢) من طريق خالد الحذاء " أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عدي بن أرطاه أن يزارع بالثلث والربع " .

(٨) وصله عبد الرزاق في مصنفه " (٨ / ١٠٠ رقم ١٤٤٧٤) قال : " سمعت هشاماً يحدث أن ابن سيرين أرسله القاسم بن محمد ليسأله عن رجل قال الآخر : اعمل في حائطي هذا ولك الثلث والربع ، قال : لا بأس ، قال : فرجعت إلى ابن سيرين فأخبرته فقال : هذا أحسن مايصنع في الأرض " .

(٩) أثر عروة وهو ابن الزبير وصله ابن أبي شيبة في مصنفه (٦ / ٣٤١ – ٣٤٢ رقم ١٢٨٤) .

(١٠) أثر أبي بكر ومن معه رواه ابن أبي شيبة في " المصنف " (٦ / ٣٣٨ رقم ١٢٧٣) وعبد الرزاق (٨ / ١٠٠ – ١٠١ رقم ١٤٤٧٧) من طريق أخرى إلى أبي جعفر الباقر أنه " سئل عن المزارعة بالثلث والربع فقال : إني نظرت في آل أبي بكر ، وآل عمر ، وآل علي وجدتهم يفعلون ذلك .

لنا ما عند الجماعة إلا الموطأ من حديث جابر[1] رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المخابرة، وفسرها جابر بالثلث والربع وأشباه ذلك، وقال زيد بن أنيسة: قلت لعطاء: أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ قال: نعم، ومثله يروى من وجه[أ] ضعيف عن رافع [2]بن خديج عن بعض عمومته أن

وسرد جماعة من الصحابة والتابعين، قال الحافظ ابن حجر[3] : إنما أراد البخاري بسياق هذه الأخبار الإشارة إلى أن الصحابة لم ينقل عنهم خلاف في الجواز خصوصاً أهل المدينة فيلزم من يقدم عملهم على الأخبار المرفوعة أن يقولوا بالجواز على قاعدهم.

(أ) **قوله:** من وجه ضعيف، أقول: في البخاري[4] بسنده إلى ابن النجاشي مولى رافع بن خديج سمعت رافع بن خديج بن رافع عن عمه ظهيرة بن رافع، قال ظهيرة: لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أمر كان بنا رافقاً، فقلت: ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهو حق؟ قال: دعاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلنا: نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، الحديث. وفي البخاري[5] أيضاً بإسناده إلى نافع مولى ابن عمر قال: إن ابن عمر كان يكري مزارعة إلى أن قال: حتى حدث عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر إلى رافع وذهبت معه فسأله فقال: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كراء المزارع، الحديث.

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٣٨١) ومسلم رقم (٨١ / ١٥٣٦) وأبو داود رقم (٣٤٠٤) وابن ماجه رقم (٢٢٦٦) .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٣٣٩٥) والنسائي رقم (٣٨٩٧) وابن ماجه رقم (٢٤٦٠) وهو حديث صحيح . والله أعلم .

(٣) " الفتح " (٥ / ١١) .

(٤) في صحيحه رقم (٢٣٣٩) .

(٥) في صحيحه رقم (٢٣٤٥) .

النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى.

قالوا: معارض بما عند النسائي[1] أن جابر فسرها ببيع الكدس بكذا وكذا صاعاً، والكدس[2] بالضم وَكَرُمَّانٍ اَلحبُّ المجموع المحصود، وذلك من بيع الجنس بجنسه فلا يتحقق التساوي، وهو ربا عليه يحمل ما روي عن جابر رضي الله عنه إن صح وإلا فلم أجد له أصلاً يعتمد عليه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله "وإلى ذلك ذهب علي وعمار وسعد ومعاذ وزيد والباقر[أ] والصادق والناصر والمؤيد والداعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد وجماعة من [3]المحدثين والمالكية والحنفية والشافعية وصنف ابن خزيمة كتاباً في جواز الثلث والربع ونحوهما فاستقصى الأحاديث وأجاز في الجمع بينها.

قال الحافظ في "الفتح"[4]: وقد استظهر البخاري لحديث رافع بحديث جابر وأبي هريرة رداً على من زعم أن حديث رافع فرد وأنه مضطرب، وأشار إلى صحة الطريقين عنه، حيث روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وروي عن عمه، انتهى. وبه تعرف أن الشارح قصر في البحث فحكم على الصحيح بالضعف، وأنه قد كان سبقه إلى إعلاله بالاضطراب أحمد بن حنبل كما في "نهاية المجتهد"[5] قال أحمد بن حنبل[6]: أحاديث رافع مضطربة الألفاظ، وحديث ابن عمر أصح، انتهى. وبه تعرف أن قول ابن حجر رداً على من زعم أن الزاعم هو أحمد بن حنبل.

(أ) **قوله:** والصادق والباقر، أقول: هذا تكرار وهو في جميع نسخه.

---

(١) في " السنن " (٨ / ٣٨) .
(٢) النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٧٢) .
(٣) ذكر ذلك الحازمي في " الاعتبار " (ص ٤١٤) .
(٤) " فتح الباري " (٥ / ١١ – ١٢) .
(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٧٠) بتحقيقي .
(٦) " المغني " (٧ / ٥٦٢) .

وحاصله(أ) ما ذكرنا واعتضد بأنه لو صح كونها الثلث والربع لما مات النبي صلى الله

(أ) **قوله:** وحاصله ما ذكرنا أقول: الذي تحصل من كلامه حمل النهي على بيع الكدس، إلا أنه يقال: قد تعارض تفسيرا جابر فإن رجع إلى الترجيح فما أخرجه الجماعة أرجح مما أخرجه واحد منهم، وقد أخرجوا تفسيرها بالثلث ونحوه، وإن سلم حمل حديثه على بيع الكدس فقد ثبت النهي من رواية نافع وأبي هريرة [بالثلث ونحوه][1] كما أسلفناه آنفاً فالأولى في الجمع بين الأحاديث ما أشار إليه البخاري[2]، وأبانه في "الفتح"[3] شرحه حيث قال: فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهي على التنزيه، وعليه يدل حديث ابن عباس حيث قال: ولكن أراد أن يرفق بعضهم ببعض، قلت لطاووس[4]: لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم " نهى عنها، فقال: إن أعلمهم -يعني: ابن عباس- أخبرني أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم ينه عنها، وقال لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ خراجاً معلوماً " .

ثم قال الحافظ[5]: من لم يجزأ إجارتها بجزء مما يخرج منها قال: النهي عن كراها محمول على ما إذا شرط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما نبت على النهر لصاحب الأرض لما في ذلك من الغرر والجهالة.

قلت: قد صرح بعض ألفاظ حديث رافع بن خديج بذلك فأخرج البخاري[6] عنه قال" كنا أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهينا عن ذلك" وفي لفظ له عنده[7] كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض، قال فربما

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في صحيحه (٥ / ١٠ الباب رقم ٨ - مع الفتح) .

(٣) (٥ / ١٢) .

(٤) حكاه ابن المنذر عنه في " الإجماع " (ص ١٢٧ رقم ٩٢ ، ٩٣) والنووي في " شرحه لصحيح مسلم " (١٠ / ١٩٨) .

(٥) في " فتح الباري " (٥ / ٢٦) .

(٦) في صحيحه رقم (٢٣٢٧) . (٧) أي البخاري في صحيحه رقم (٢٣٢٢) .

عليه وآله وسلم والأمر في خيبر [٥٨٦/٣] على ذلك، واستمر إلى أن أجلى عمر اليهود عنها في آخر خلافته، قلنا هي في حكم المملوكة لليهود، ولهذا يجوز لهم فيها كل تصرف قالوا لا واسطة[أ] بين ملكهم إياها وعدمه، وكل منهما يُلْزِمكُم إشكالاً وتقدم في الخمس

يصاب ذلك ويسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك، فنهينا عنه وفي رسالة لابن تيمية بعد أن ذكر أن المزارعة جائزة، وذكر من قال بها من الصحابة والتابعين قال: والذي نهى عنه من المخابرة وكراء الأرض قد جاء مفسراً بأنهم كانوا يشترطون في الأرض بقعة معينة، ومثل هذا الشرط باطل بالنص والإجماع، وهو كما لو شرط في المضاربة لرب المال دراهم معينة فإن هذا لا يجوز بالاتفاق، لأن المعاملة مبناها على العدل.

وهذه المعاملات من جنس المشاركات والمشاركات إنما تكون إذ كان لأحد الشريكين جزء شائع كالثلث والنصف، وإذا جعل لأحدهما شيء مقدر لم يكن ذلك عدلاً بل ظلماً، فظن طائفة من العلماء أن هذه المشاركات من باب الإجارة بعوض مجهول، فقالوا: القياس يقتضي تحريمها.

وأما جمهور [1] السلف وفقهاء الأمصار فقالوا: هذه من باب الإجارة التي يقصد بها العمل، فإن مقصود كل واحد منهما ما يحصل من الثمر والزرع وهما متشاركان، هذا ببدنه وهذا بماله كالمضاربة، انتهى. وصاحب "المنار"[2] جنح إلى أن النهي للتتريه [٥٨٦/٣].

(أ) **قوله:** قالوا لا واسطة، أقول: فالجواب بأنها في حكم المملوكة باطل لأنه ليس في الأعيان إلا مملوك أو غير مملوك، وليس شيء منها في حكم المملوكة، فإن قلتم إنها مملوكة لهم لزمكم إشكال تأجيرها منهم، فإنه صلى الله عليه وآله وسلم لا يؤجر أحداً ما هو في ملك نفسه، وإن قلتم ليست مملوكة لليهود فقد ثبت أنه صلى الله عليه وآله وسلم أجرهم إياها بجزء مما يخرج منها، وأنتم تنفونه وهو أيضاً مشكل عليكم، هذا تبرع من الشارع بالاستدلال والقيل والقال.

---

(١) انظر : " الإجماع "لابن المنذر (ص ١٢٧) " فتح الباري " (٥ / ٢٦) .

(٢) (٢ / ١٠٩) .

زيادة تحقيق على أنه[أ] لو صح تفسيرها بالثلث والربع ونحوهما لأمكن تأويله بأن المراد ثلث المعتاد من غلتها لا ثلث المستقبل، وذلك يرجع إلى المحاقلة التي منعها مجوز الثلث ونحوه.

وبالجملة مناط النهي هو حصول نوع من الربا واستيفاء أحد المتعاوضين عوضه مع فوات عوض الآخر، ولهذا وضع النبي صلى الله عليه وآله وسلم الجوائح [1] وهذا لا يتحقق مع الثلث ونحوه وإنما[ب] يتحقق في المحاقلة على تفسيريها كليهما أعني بيع الزرع

وأما في "البحر"[2] فإنه تأول حديث معاملته صلى الله عليه وآله وسلم أهل خيبر بأنه جعل نصف الغلة طعمة لهم لا أجرة وأبقى أهل خيبر وأبقى لهم نصف الغلة نفقة أو منَّ عليهم بأنفسهم والأرض، وأخذ نصف الغلة جزية، انتهى.

قال في "المنار"[3] وأما تأويلات المصنف فيكفي ذا الذوق معرفتها والروايات مصرحات بخلافها، انتهى. وابن بهران قد ظهرت له ركتها فقال: إن النسخ أظهر.

قلت: وهي دعوى بلا دليل كيف وقد زارع الصحابة إلى آخر أيام معاوية؟ قال ابن حزم[4] أما الحق الواضح فإنه أعطى أرض خيبر بنصف ما يخرج منها [من زرع، وأعطي نخلها][5] وثمارها كذلك، فنحن نقول: هذه سنة وحق أبداً، ويعلم أنه ناسخ لما تقدمه ما لم يمكن الجمع بينهما بظاهرهما، انتهى.

(أ) **قوله**: على أنه لو صح، أقول: أي تفسير المخابرة عن جابر ثم قد تقدم له صحته، بل سلف له أنه مرفوع.

(ب) **قوله**: وإنما يتحقق في المحاقلة على تفسيريها، أقول: هذا كلام حسن في وجه النهى عن المحاقلة، وقد فسرت المحاقلة بتأجير الأرض بجزء من غلتها، وعليه فهي كالمخابرة والنهي كالنهي واختلاف

---

(١) تقدم نصه وتخريجه مراراً .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٦٤) .

(٣) (٢ / ١١١) .

(٤) في " المحلى " (٨ / ١٩٠) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

بكيل معلوم لعدم تحقق التساوي وكراء الأرض بالطعام لجواز الجائحة التي تذهب بها منفعة المكتري بالأصالة لأنها المقصود كما في البيع للثمار.

وبالجملة الحقل والخَبْر كلاهما يطلق على الزرع وعلى أرضه، والمحاقلة والمخابرة مفاعلة منهما، فهو إما مجمل فلا ينتهض على معين أو محمول على المعنيين فيلزم[أ] تحريم المزارعة بالأصالة كما هو صريح حديث[1] رافع بن خديج ولا مخلص إلا بما حققناه من الجمع، ولأن المخابرة عقد على عمل في عين بنصيب من الربح فصحت كالمضاربة[ب].

(***والزرع في***) المزارعة (***الفاسدة لرب البذر وعليه أجرة الأرض***) أن كان هو[ج] المستأجر (***أو***) أجرة (***العمل***) إن كان البذر من مالك الأرض[د] إلا أنه إذا كان

تفاسيرها يدل على أنها لفظ مشترك.

(أ) **قوله:** فيلزم تحريم المزارعة بالأصالة، أقول: لأنها صارت كالمحاقلة في معناها وقد ثبت النهي عن المحاقلة فيلزم ثبوته عن المزارعة، فلك أن تقلب ذلك وتقول قد قام الدليل على جواز المخابرة فيلزم منه جواز ما كان بمعناها وهو المحاقلة، وتأويل النهي ما سلف.

(ب) **قوله:** كالمضاربة، أقول: هذا فيه إلمام بما أسلفناه عن ابن تيمية وهو جيد.

(ج) **قوله:** إذا كان هو المستأجر، أقول: أي إن كان هو الباذر، فلو قال كذلك كان أولى إذ الكلام في الباذر وإن كان كلامه صحيحاً كما قررناه.

(د) **قوله:** إلا أنه إذا كان من المالك، أقول: هذا كلام حسن وغفل عنه في "الأثمار" و"الفتح".

---

(١) فوجه استحقاق الباذر للزرع إذا كان هو الأجير أنه بذر بإذن المالك ومجرد كون المزارعة فاسدة لايبطل الإذن الذي ساغ له به البذر وصار له لأجله الزرع ، وأما إذا كان بغير إذن فالزرع لصاحب الأرض كما في حديث رافع ابن خديج أن النبي ﷺ قال : " من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته " .

[أخرجه أحمد (٣ / ٤٦٥) و (٤ / ١٤١) وأبو داود رقم (٣٤٠٣) وابن ماجه رقم (٢٤٦٦) والترمذي رقم (١٣٦٦) وغيرهم ، وهو حديث صحيح . بشواهده وسيأتي] .

وأما إذا كان الباذر هو مالك الأرض فالظاهر أن الزرع له وعليه أجرة العمل للعامل لأنه عمل بإذنه .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٧٣ - ٧٧٤).

من المالك كان استهلاكاً لمنفعة الأرض كما لو حمل المالك على البهيمة المؤجرة فلا مزارعة، وإن كان المراد أن العامل يصير أجيراً مشتركاً أو خاصاً فغير ما نحن فيه، لأن المزارعة إكراء لبعض الأرض وقد بطل باستهلاك المالك منفعته، ومن هنا تعلم أن لا اختصاص لهذا الحكم بالفاسدة، لأن كون البذر من المالك رافع للمزارعة صحيحة كانت أو باطلة، كما لو لم يفرغ الدار المكراة أو ظهر البهيمة ليضع المكتري متاعه في أحدهما.

(**و**) أما قوله إنه (***يجوز التراضي بما وقع به العقد***) فإن كان هو المتعارف فهو أجرة المثل ولا مستحق[أ] غيره وإن لم يكن هو المتعارض وجهل المتعارف فلا تراضي، وإن علم فذلك من الصلح عما في الذمة -إذ لا وجه- لتقديمه هنا (***وبذر الطعام الغصب استهلاك***)[ب] له (**فيغرم**) الباذر به (**مثله**) للمالك (**ويملك غلته**) الحاصلة عنه سواء بذر به في أرضه أو أرض غيره، وإن لزمت أجرة أرض الغير ولا حاجة إلى قوله (**ويعشرها**) لأن العشر لازم للملك (***ويطيب له الباقي***) خلافاً للناصر[1]

(أ) **قوله:** ولا مستحق غيره، أقول: أي غير أجرة المثل لأنها إجارة فاسدة إلا أن الإجماع واستحقاق أجرة المثل إنما هو عند الفساد، ومسألة المصنف معنونة بالتراضي، ومراد المصنف أنه يصح التراضي جعل ما وقع عليه العقد الفاسد أجرة، وإن فساد العقد به لا يمنع ذلك.

(ب) **قال:** استهلاك، أقول: زاد في الأثمار غالباً قال في الوابل: زاد غالباً للاحتراز من صورتين:

أحداهما: أن يبذر الغاصب البذر الغصب ويسقيه المطر.

الثانية: أن يبذر له شخص ويسقيه آخر فإن البذر بينهما سواء، ذكره الفقيه ع واختاره المؤلف وقيل: بل يملكه الساقي.

قلت: [و][2]هذا ينبني على أن الاستهلاك يملك به العين المغصوبة، ويأتي أن المختار خلافه.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٦٥) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

والمؤيد والشافعي[٢] محتجين بحديث[٣]: " ليس لعرق ظالم حق" سيأتي في الغصب إن شاء الله، وبأنه نما ملكه كالصوف، قلنا: (*كما لو غصب الأرض والبذر له*) فإنه يملك الغلة وإن لزمته أجرة الأرض اتفاقاً، قالوا: لأن الغلة ليست بنماء للأرض.

وأقول[أ]: لا يبعد قياسها على النطفة في تبعيتها للمحل النامية هي فيه، فإن كان البضع مملوكاً لصاحب النطفة استحق نماءها وإلا فالمستحق هو مالك البضع، وإن أذن بوضع النطفة بأن أنكح المملوكة سيدها ولا ينتقض بنكاح الحر لأن بضعها ليس بمملوك فوضع النطفة فيه كالإيداع وسيأتي في الغصب[٣] حديث" ومن زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء" ولا يقال: مفهوم الصفة أعني عرق ظالم وبغير إذنهم يقتضي بأن انتفاء الوصف يوجب ملك المأذون للزرع، لأنا [٣/٥٨٧] نقول: إنما يدل على ثبوت حق ما، وهو أعم من ملك الزرع بخصوصه والأعم لا يدل على الأخص كما علم عند أرباب الاستدلال[ب].

(أ) **قوله:** وأقول: لا يبعد قياسها.. إلخ، أقول: بل يبعد غاية البعد لوجود الفارق، فإن واضع النطفة ليس عليه مشقة ولا نفقة في وضعها، بخلاف الباذر في أرض غيره فإن له نفقة وعملاً، فلذا حكم الشارع له بالنفقة على مالك الأرض وأي حاجة للقياس مع ثبوت النص الآتي في الغصب [٣/٥٨٧].

(ب) **قوله:** كما علم عند أرباب الاستدلال، أقول: فالمفهوم أن أجرة المثل غير ما في الحديثين، والحديثان معمول بهما وإن من أذن لغيره أن يزرع في أرضه بإجارة منها أو هبة ملك الزرع أو بعضه، وخرج عن كونه ظالماً بإذن مالك الأرض له بالبذر فيها فتأمل.

---

(١) " البيان " للعمراني (٧ / ٣٥٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم أنفاً وهو حديث صحيح بشواهده.

(**فصل**)

(***والمغارسة الصحيحة أن يستأجر***) مالك الأرض (***من يغرس له***) فيها (***أشجاراً***) معلومة المقدار (***يملكها***) وإلا كانت لمالكها إن لم يجر بكونها من الأجير عرف وإلا كانت كما خصه الإجماع كما سيأتي، وتكون[أ] المغارسة بيعاً وإجارة فيكفي الإسعاد في الضمني ولا يفسد .

(***ويصلح***) بالعمل (***و***) هو أن (***يحفر***) ويسقي (***مدة بأجرة ولو***) كانت الأجرة (***من الأرض أو الشجر والثمر الصالح*** [1]) لأن غير الصالح لا يصح بيعه كما تقدم، فلا يكون أجرة ولأن الأجرة لو جعلت من الثمر المستقبل لعادت مخابرة، وقد تقدم حكمها، ولا بد أن تكون مقادير الحفر والسقي والمدة (***معلومات وإلا***) يملك رب الأرض الأشجار أو لا يبين مقادير الحفر والسقي والمدة (***ففاسدة وإن اختلف الحكم***) المتفرع عن الفساد فإن الأشجار إذا كانت من ملك الغارس كانت له، لكن لا مغارسة حينئذ رأساً فضلاً عن كونها فاسدة، إذ لا منفعة لرب الأرض .

فصل والمغارسة

(أ) **قوله:** وتكون المغارسة بيعاً وإجارة، أقول: يعني فيما إذا كانت الأشجار يملكها الغارس لا في مطلق المغارسة كما ربما يفهم من كلام الشارح، وقال في شرح الأثمار: إذا استأجر رب الأرض الغارس على غرس أشجار يملكها الغارس في أرض المستأجر على أن تكون الأرض والشجر بينهما فهذه الصورة تصح وتكون بيعاً وإجارة، وقال أن ذلك يتضمن البيع فكأنه باع من الغارس نصف الأرض بنصف الغروس وبأجرة عمله في هذا النصف، قال: وقد فهم ذلك مما تقدم في البيع من أنه يكفي في الضمني إسعاد [٣/٥٨٨].

---

(١) انظر " شرح الأزهار " (٧ / ٣٢٨) .

(٢) انظر : " المغني " لابن قدامة (٧ / ٥٦٦ – ٥٦٧) .

والإجارة إنما تكون على منفعة كما عرفناك، وكما نبهناك على نظيره في المزارعة حيث يكون البذر من رب الأرض، وأما إذا فسدت بجهالة مقدار المذكورات فكونها إجارة فاسدة ظاهر للجهالة.

(**وكذلك**) أي وكحكم المغارسة (***ما أشبههما***) من المعامرة للدور فإذا استأجر مالك العرصة من يبني له داراً كان عليه الحجارة والخشب ووجب تعيين مقدار الدار طولاً وعرضاً ومقدار مدة العمل ومقدار الأجرة، ولو قدم المصنف قوله: (**إلا مما خصه الإجماع** [1]) عقيب قوله: يملكها، لكان هو الصواب لأنه إنما احترز به عن عدم اشتراط كون الأعيان من غير الأجير فيما جرت العادة بصحة الإجارة فيه مع كون الأعيان من الأجير نحو المداد من الناسخ والخيوط من الخياط والصبغ من الصباغ ونحو ذلك مما يتسامح به عرفاً .

(***وما وضع***) في أرض ليست ملك الواضع ولا ملك مالك الموضوع وكان ذلك الوضع (**بتعد**) من الواضع سواء كان ذلك الموضوع (***من غرس أو غيره***) من زرع وبناء ولا حاجة إلى قوله: (**ثم تنوسخ**) ذلك الموضوع بأن باعه مالكه أو وقفه أو نحو ذلك لأنه لو وضع متاع غيره على ملك غيره بأمر مالك المتاع فلا تناسخ جاء الخلاف (**فأجرته**) أي أجرة بقاء ذلك الموضوع .

---

(١) فهو استثناء من قوله يملكها أي إلا ما أجمع عليه الناس من عدم اشتراط كون رب الأرض يملك تلك الأعيان ، ومراده بالإجماع إجماع أهل تلك الناحية التي رقعت فيها المغارسة لا الإجماع الأكبر .
" السيل الجرار " (٢/ ٧٧٥) .

(***وإعانته***) أي ضمان ما أفسده ذلك الموضوع (***على الواضع لا على المالك***) للموضوع (***في الأصح***) وقال المؤيد[1] بل على مالك الموضوع حتى يزول الملك إلى آخر فينتقل الضمان إلى الآخر .

لنا أن الموضوع آلة للواضع كما لو جنى بسيف غيره، وكأن المؤيد[1] بالله لما حكم بأن بذر الطعام الغصب ليس باستهلاك كما أن الغرس ليس باستهلاك باتفاق، وقد تقرر أن غنم البذر والغرس لمالكهما حكم بأن من له الغنم فعليه الغرم.

قلنا : قياس بعيد للفرق بأن الغنم جزء من الملك لأن فرع الشيء جزء منه ومنفعل عنه، ولا كذلك الإعنات فإنه منفعل عن الواضع لا عن الموضوع كما في الجناية بسيف الغير، وربما يفرق بأن عنت الجناية إنما [٣/٥٨٨] هو بالدفع الحاصل من الفاعل لا بالآلة بخلاف عنت البقاء وشغل الحيز فإنه بالجسم الموضوع فيه لانقطاع تأثير الواضع له .

(***وإذا انفسخت***) المغارسة (***الفاسدة***) وكان فسادها بكون الغرس ملكاً للغارس (***فلذي الغرس الخيارات*** [2]) تركه لمالك الأرض بقيمته غير مستحق للبقاء، وقلعه مع أرش نقصانه بالقلع وهو ما بين قيمته مقلوعاً وغير مقلوع لا يستحق البقاء (***و***) الزارع إذا كان البذر منه فإن له (***في الزرع***) الخيارات (***الثلاثة***) المذكورات في الغرس وثالث هو تبقيته في الأرض إلى الحصاد بأجرة المثل، ومثله ثمر الغرس أيضاً.

....

---

(١) قاله ابن مفتاح في " شرحه للأزهار " (٧ / ٣٣١) .

(٢) وهما : إن شاء فرغ الأرض بقلع الفروس ورجع بنقصانها ، وهو مابين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء ، وقيمتها مقلوعة وإن شاء تركها لرب الأرض ، وطلب قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء .

"شرح الأزهار " (٧ / ٣٣٤) .

(فصل)

(*والمساقاة*[أ] *الصحيحة أن يستأجر لإصلاح الغرس كما مر*) أي: في شروط المغارسة لا فرق، إلا بأن العمل هنا بعد أن غرس المالك وهناك الغرس دخل في عمل الإجارة.

(أ) **فصل والمساقاة:** أقول: هي داخلة في المزارعة، بل اقتصر صاحب "نهاية المجتهد"[1] على التبويب للمساقاة وأدلتها هي أدلة المزارعة في أرض خيبر، وفي لفظ للبخاري أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض، ومن خالف هنالك خالف هنا، وقد أطال صاحب النهاية في ذكر شرائطها وأركانها بما لا يوجد في غيره من كتب الفروع.

فائدة: أهمل المصنف ذكر الجعالة تصريحاً، قال ابن بهران: الجعالة عند أهل المذهب إجارة فاسدة تلزم فيها أجرة المثل بتمام العمل لا المسمى، وصححها الشافعية ووافقهم الإمام يحيى[2] وهي مثلثة الجيم والجعل بضم الجيم هو ما يجعل للصغير على شيء يفعله.

قالوا والجعالة شرعاً: التزام عوض معلوم لمعين أو غير معين على عمل مشروط، والأصل فيها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في الصحيحين[3] وغيرهما[4] في رقية اللديغ على قطيع من الغنم وفيه:" ما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً "الحديث. واستدل له بقوله تعالى﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[5]فإنه من شرع من قبلنا، وقد قرره شرعنا بالحديث المذكور، وصورتها: أن يقول القائل لشخص: إذا رددت علي عبدي الآبق فلك كذا وكذا، أو يقول من يرده فله كذا،

---

(١) (٣ / ٦٣) .

(٢) " البحر الزخار "

(٣) البخاري في صحيحه رقم (٥٧٣٦) ومسلم رقم (٦٥ / ٢٢٠١) .

(٤) كأحمد في " المسند " (٣ / ٤٤) وأبو داود رقم (٣٤١٨) والترمذي رقم (٢١٦٤) وابن ماجه رقم (٢١٥٦) وهو حديث صحيح .

(٥) [سورة يوسف : ٧٢] .

(**و**) إذا وقع الاختلاف في المزارعة والمغارسة والمساقاة كان (***القول لرب الأرض في القدر المؤجر*** [1]) أي الذي جعل أجرة (**و**) في (**نفي الإذن**) بالعمل أيضاً فيبين الأجير أنه استأجره (**و**) القول (***لذي اليد عليها***) أي على الأرض وما فيها إذا وقع الاختلاف (**في**) مالك (***البذر***) إلا أن دعوى الأجير لملك الغرس ودعوى المستأجر لملك البذر يتضمنان دعوى الفساد، وقد تقدم أن البينة على مدعي الفساد.

وإنما تصح الجعالة في عمل يصعب ضبطه ولا يصح عقد الإجارة عليه كرد الآبق، لأن مسافة رده مدة مجهولة في الأغلب واغتفرت الجعالة فيها للحاجة، وما يصح عقد الإجارة عليه كالغناء[2] والخياطة ففي صحة الإجارة عليه وجهان، انتهى ببعض تصرف في لفظه والأظهر ما ذهب إليه الإمام يحيى[3].

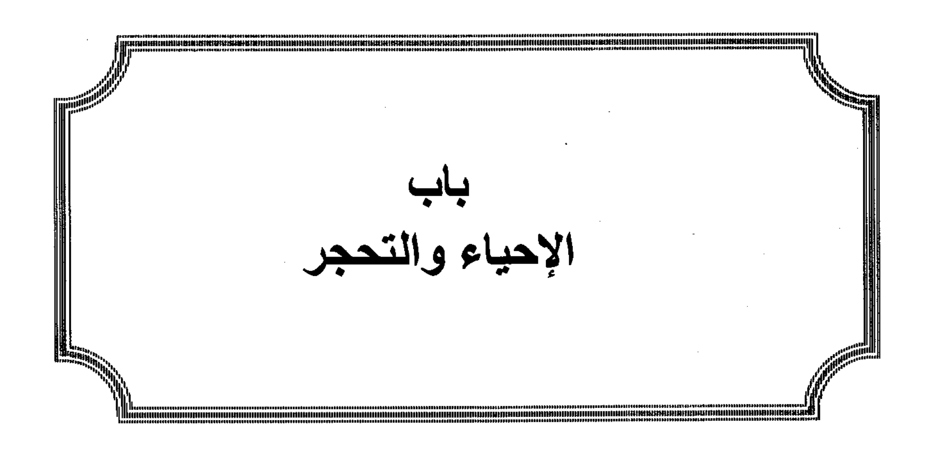
---

(١) فلا وجه له بل القول قول نافي الزيادة ، والبينة على مدعيها ، وأما في بقاء الإذن فالقول قول المالك لأن الأصل بقاؤه ، وأما إذا ادعاه الأجير فلا يكون القول قوله لأن المالك ينكره في الحال ، وهو صاحب الإذن ، وأما إذا ادعاه الأجير في وقت قد مضى فالقول قوله لأن الأصل عدم ارتفاعه قبل الاختلاف .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٧٦) .

(٢) بياض في الأصل .

(٣) " البحر الزخار" (٣ / ٦٣) .



باب
الإحياء والتحجر

(فصل والإحياء)

يثبت (**للمسلم فقط**) لحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" عـــادي[أ] الأرض، وفي رواية: موتان[ب] الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني" الشافعي[١] والبيهقي[٢] عن ابن طاووس مرسلاً والبيهقي[٣] موصولاً من حديث ابن عباس تفرد بوصله معاوية بن هشام وأنكر عليه لكنه ثقة من رجال مسلم، ووجه دلالته على اختصـــاص المســـلم أن المخاطبين في "ثم هي لكم" هم المسلمون، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الاســـم ومختـــار الأكثر عدم كونه دليلاً، وأما زيادة: "أيها[ج] المسلمون" في آخره فمدرجة أوردها البغوي في "التهذيب"[٤] والجويني في "النهاية"[٥] وتبعهما غيرهما على أنها لو صحت لما دلت على

(باب الإحياء والتحجر)

(أ) **قولـه:** عادي الأرض، أقول: في "التلخيص"[٦] هو بتشديد المثناة يعني القديم الذي من عهد عـــاد وهلم جرا، وموتان بفتح الميم والواو قاله ابن بزي وغيره، وغلط من قال فيه موتان بالضم.

(ب) **قولـه:** موتان الأرض، أقول: قال القرافي[٧] الموات الأرض التي لم تعمر شبهت العمـــارة بالحيـــاة وتعطيلها بفقد الحياة، وإحياء الموات أن يعمد الشخص لأرض لا يُعلم ملك عليها لأحـــد فيحييهـــا بالزرع والسقي أو الغرس أو البناء، فتصير بذلك ملكه سواء كانت مما قرب من العمران أو بعد.

(ج) **قولـه:** أيها المسلمون، أقول: استدل بها الرافعي[٨] على اختصاص الإحياء بالمسلمين.

---

(١) في " الأم "

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٤٣) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٤٣) .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٨) .

(٥) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٨) .

(٦) (٣ / ١٣٨) .

(٧) كذا في المخطوط والذي في فتح الباري (٥ / ١٨ القزاز .

(٨) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٨) .

الاختصاص إلا بمفهوم الاسم، لأن المسلم انسلخ عن الوصفية إلى الاسمية، واستدل ابن حبان على المدعي بحديث جابر[1] رضي الله عنه: " من أحيا أرضاً ميتة فله بها أجر، وما أكلت العوافي[أ] منها فهو له صدقة " لأن[ب] في الأجر وقبول الصدقة من خواص المسلم، والحديث عند أحمد[2] والنسائي[3] وابن حبان[4]، وإنما يثبت للمسلم (***الاستقلال***

(أ) **قولـه:** العوافي هو بالمهملة والفاء جمع عاف [هو][5] طلاب الرزق، قاله في "التلخيص"[6] وفي حواشيه من الطير والوحش.

(ب) **قولـه:** لأن الأجرة وقبول الصدقة من خواص المسلمين، أقول: في "فتح الباري"[7] إنه تعقب هذا الاستدلال المحب الطبري بأن الكافر إذا تصدق يثاب عليه في الدنيا كما ورد به الحديث فيحمل الأجر في حقه على ثواب الدنيا، وفي حق المسلم على ما هو أعم من ذلك، وما قاله محتمل إلا أن الذي قاله ابن حبان أشبه بظاهر الحديث، وما يتبادر إلى الفهم عند إطلاق الأجر لأن الأجر الأخروي، انتهى. وقد لخصه في "التلخيص"[8].

---

(١) أخرجه أحمد (٣ / ٣١٣ ، ٣٢٧ ، ٣٨١) والترمذي رقم (١٣٧٩) وقال : هذا حديث حسن صحيح . والنسائي في " الكبرى " رقم (٥٧٥٩ – ط دار الكتب العلمية . وابن حبان رقم (٥٢٠٢) .

(٢) في " المسند " (٣ / ٣١٣ ، ٣٢٧ ، ٣٨١) .

(٣) في " السنن الكبرى " (رقم ٥٧٥٩ – ط دار الكتب العلمية

(٤) في صحيحه رقم (٥٢٠٢) .

(٥) كذا في المخطوط وصوابه : وهم .

(٦) (٣ / ١٣٩) .

(٧) (٥ / ١٩ – ٢٠) .

(٨) (٣ / ١٣٨) .

بإحياء أرض)، ميتة، وقال في "المنتخب"[١] وأبو طالب ومالك[٢](أ) وأبو حنيفة[٣] لا يستقل وإنما يثبت له ذلك بإذن الإمام، لنا إطلاق حديث:" من أحيا أرضاً ميتة فهي له " أبو داود[٤] والترمذي[٥] من حديث جابر مرفوعاً، وقال الترمذي حسن صحيح، وأخرجاه من حديث[٦] سعيد بن زيد أيضاً، وأخرج البخاري[٧] من حديث عائشة" من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها "، قالوا :حديث" موتان الأرض لله ولرسوله " .

(أ) **قوله**: ومالك وأبو حنيفة، أقول: في "فتح الباري"[٨] أن أبا حنيفة[٩] يقول: لا بد من إذن الإمام مطلقاً، ومالكاً[١٠] يقول بذلك فيما قرب، وضابط القرب ما لأهل القرية به حاجة من رعي ونحوه، واحتج الطحاوي للجمهور مع النص المذكور بالقياس على ماء البحر والبئر وما يصاد من طير وحيوان، فإنهم اتفقوا على أن من أخذه أو صاده صار ملكه قرب أو بعد سواء أذن الإمام أو لم يأذن.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٤١) .

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٨١٧) مسألة رقم ١٢٨٢) .

(٣) " الهداية " (٤ / ٤٣٦) المبسوط " (٢٣ / ١٨١) .

(٤) في " السنن " رقم (٣٠٧٧) بلفظ " من أحاط حائطاً على أرض فهي له " وهو حديث ضعيف .

(٥) في " السنن " رقم (١٣٧٩) .

(٦) أبو داود رقم (٣٠٧٣) والترمذي رقم (١٣٧٨) وهو حديث صحيح .

(٧) في صحيحه رقم (٢٣٣٥) .

(٨) (٥ / ١٨) .

(٩) " المبسوط " للسرخسي (٢٣ / ١٨١) و " الاختيار " (٣ / ٨٩ – ٩٠) " البناية في شرح الهداية " (١١ / ٣٢٥) .

(١٠) " عيون المجالس " (٤ / ١٨١٧ مسألة رقم ١٢٨٢) .

قلنا: " ثم هي لكم مني " إطلاق لها على الأمة فلا حاجة[أ] بعد ذلك إلى [٣/٥٨٩] إذن الإمام، لكن إنما يملكها المحيي إن (**لم يملكها ولا تحجرها مسلم**) ومفهوم حديث "من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو له"، أبو داود[1] من حديث أسمر بن مضرس وصححه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة، وله شاهد عند البيهقي من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف بلفظ: " من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم " وفي حديث عائشة المتقدم من عمر أرضاً ليست لأحد، وأما قوله: (**ولا ذمي**) فإنما هو[ب] عطف على فاعل يملكها لا على فاعل تحجرها لأن باب التحجر مختص بالمسلم كما علمت .

(**و**) أما زيادة اشتراط أن (**لا**) يكون قد (**تعلق بها حق**) فتكرير لأن تعلق الحق إنما يكون بملك أو تحجر وما احترز به عنه من بطن الوادي الأعظم ومرافق القرية كمحتطبها ومرعاها وناديها والمقابر فلا يخلو من ملك أو تحجر أما في المقابر فظاهر، وأما في بطن الوادي ومرافق القرية فتحجرهما تابع للملك ما جاوراه وكحريم العين كما سيأتي ولا مانع من تبعية شيء لشيء في حكمه كما في مكمل الواجب والحرام وإن لم يحصل فيه سبب حكم المتبوع ثم الخصوصية معتبرة كما في القسامة إذا تعدد المتبوع.

(أ) **قوله:** فلا حاجة بعد ذلك إلى إذن الإمام، أقول: أي بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم "فهي لكم "[2]فإنه إذن منه صلى الله عليه وآله وسلم وهو إمام الأئمة وشفيع الأمة، فالإذن منه إذن عن الله تعالى فهو نافذ إلى يوم القيامة، وقد خالف أبا حنيفة محمدُ وأبو يوسف وقالا: لا حاجة إلى إذن الإمام وهو الحق [٣/٥٨٩].

(ب) **قوله:** فإنما هو عطف على فاعل يملكها، أقول: هذا حسن في توجيه العبارة وقد عدل في الآثار لهذا الإيهام فقال: يجوز للمسلم في موات لم يتعلق به حق المسلم فسلم من الإيهام والتكرار.

---

(١) في " السنن " رقم (٣٠٧١) وهو حديث ضعيف .

(٢) تقدم تخريجه .

(**و**) يجوز الإحياء (**بإذن الإمام فما لم يتعين ذو الحق فيه** [1]) أما إذا جهل المالك فواضح لصيرورته للمصالح، وأما إذا لم ينحصر كبطون الأودية العظمى فيما انصرف السيل عن المرور فيه إلى مباح عادت عليه الإباحة الأصلية وإلا فالحق باقٍ فيه حكمه حكم ما لم ينصرف السيل عنه، ولا يجوز للإمام الإذن بإحيائه إلا لمن فيه مصلحة عامة حاصلة بالفعل كالمفتي والحاكم أو بالقوة كالعالم والمتعلم (**وإلا**) يكن ذو الحق غير معين بل معين (**فالمعين**[2]) هو الذي له إحياؤه والإذن بإحيائه لا غيره كالمسيل المختص به منحصرون ومحتطب القرية ومرعاها.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو تحجر رجل أرضاً ولم يحيها حتى مضى عليها ثلاث سنين، فإن لغيره أن يحييها بإذن الإمام فقط لأن تحجرها[أ] بلا إحياء من الحمى، وقد أخرج

(أ) **قوله:** لأن تحجرها بلا إحياء من الحمى، أقول: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا حمى إلا لله ولرسوله " في "فتح الباري"[3]. قال الشافعي[4]: يحتمل شيئين:

أحدهما: أنه ليس لأحد أن يحمي إلا ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

والثاني: إلا بمثل ما حماه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فمعنى الأول ليس لأحد من الولاة أن يحمي، وعلى الثاني يختص الحمى بمن قام مقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو الخليفة، والأول أقرب إلى ظاهر لفظ الحديث، إلا أنه رجح الثاني لما ثبت أنه حمى عمر بعده صلى الله عليه

---

(١) ليس في الأدلة مايدل على اشتراطه ، ولكن إذا كانت الأرض غير ميتة ولم يعرف من هي له صار النظر فيها إلى إمام المسلمين كسائر أموال الله فإن التصرف فيها إليه .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٧٩) .

(٢) فلا دخل في هذا الباب لأنه إذا أذن لغيره بإحياء ماهو حق له كان ذلك من باب الهبة ونحوها .

(٣) (٥ / ٤٤ الحديث رقم ٢٣٧٠) .

(٤) " البيان " للعمراني (٧ / ٥٠٠ – ٥٠١) و " روضة الطالبين " (٥ / ٢٩٢) .

وآله وسلم، كما أخرجه البخاري[1] في أواخر الجهاد.

وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلاً مخصباً استعوى كلباً على مكان عال وإلى حيث انتهى صوته حماه من كل جانب، فلا يرعاه غيره ويرعى هو مع غيره في ما سواه، والحمى هو المكان المحمي وهو خلاف المباح، والأرجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة، ومنهم من ألحق به ولاة الأقاليم ومحل الجواز مطلقاً أن لا يضر بكافة المسلمين، انتهى. وفي الأثمار لا يجوز الحمى إلا للإمام، قال وهو المذهب والمراد أن للإمام أن يمنع موضعاً مواتاً فلا يرعاه أحد ولا يحتشه.

ولا يجوز للإمام أن يحمي لنفسه بل لنعم بيت المال وخيل المجاهدين كما في "البحر"[2] للمذهب والفريقين[3] ومالك[4]، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حمى النقيع[5] بالنون أوله وهو على عشرين فرسخاً من المدينة، وقدره قيل ثمانية أميال، وحمى عمر[6] الربذة والسرف وفي كلامه لما بعث مولاه هنياً قال: "يا هني اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة"[7].

قلت: في "النهاية"[8] الصريمة تصغير الصرمة وهي القطيع من الإبل أو الغنم، قيل هي من العشرين إلى الثلاثين والأربعين.

---

(١) في صحيحه رقم (٢٣٧٠) ، (٣٠١٣) . (٢) (٤ / ٧٧) .

(٣) انظر : " روضة الطالبين " (٥ / ٢٩٢ – ٢٩٣) " البيان " للعمراني (٧ / ٤٩٨ – ٤٩٩) " البناية في شرح الهداية " (١١ / ١٧ – ٣١٨) .

(٤) " عيون المجالس " (٤ / ١٨١٨) .

(٥) أخرجه أحمد في " المسند " (٤ / ٣٧ ، ٧١ ، ٧٣) وأبو داود رقم (٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤) والشافعي (٢ / ١١٥ رقم ١٣٥٥ – بدائع المنن) والبيهقي (٦ / ١٤٦) والبغوي في " شرح السنة (٨ / ٢٧٢ رقم ٢١٩٠) وابن أبي شيبة (٧ / ٣٠٣ رقم (٣٢٤١) من حديث الصعب بن جثامة.

وهو حديث صحيح .

(٦) أخرجه البخاري في " صحيحه رقم (٢٣٧٠ ، ٣٠١٣) . (٧) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٣٠٥٩) .

(٨) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٢٨) .

ومراد عمر الإبل والغنم القليلة، وإياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنها إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع ورب الصريمة والغنيمة أن تهلك ماشيتهما يأتني ببنيه يقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أباً لك، فالماء والكلاء أيسر عليّ من الذهب والورق، وايم الله إنهم ليروني أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حملت عليهم من بلادهم شيئاً رواه البخاري.[1]

وإنما استوفيناه لما فيه من حسن الوصية والشفقة على المسلمين و[معرفة][2] أحوال الناس، وهكذا فليكن من تحمل بأمور المسلمين، وإنما تعرضنا للحمى وتحقيقه لأنه أشار إليه الشارح وأهمله المصنف، ولنضف إلى ذلك فائدة ونقول: يجوز للإمام إقطاع الأرض من الموات، وبوب عليه البخاري[3] باب القطائع قال ابن حجر في "الفتح"[4]: المراد ما يخص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات، فيختص به ويصير أولى بإحيائه ممن له سبق إلى إحيائه، وفي شرح الأثمار أنه يجوز للإمام إقطاع الأرض حية لبيت المال رقبة ومنفعة وموات.

ولا يجوز عند أهل المذهب[5]إقطاع العيون والأنهار لرجوعه صلى الله عليه وآله وسلم عن إقطاع أبيض[6]بن حمال الملح بمأرب لما قيل له إنما يقطعه الماء العد ولا ملح لأهل اليمن سواه،فقال: فلا إذن.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٣٠٥٩) .
(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في صحيحه (٥ / ٤٧ – ٤٨) الباب رقم ١٤ ، ١٥ باب القطائع وباب كتاب القطائع – مع الفتح) .

(٤) (٥ / ٤٨) .

(٥) أخرجه الترمذي رقم (١٣٨٠) وأبو داود رقم (٣٠٦٤) وابن ماجه رقم (٢٤٧٥) وابن حبان رقم (١١٤٠ ، ١٦٤٢) – موارد) وأبو عبيد في " الأموال " رقم (٦٨٥) وهو حديث حسن لغيره .

(٦) عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت : كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رأس وهو مني على ثلثي فرسخ " .

أخرجه أحمد (٦ / ٣٤٧ والبخاري رقم (٥٢٢٤) ومسلم رقم (٣٤ / ٢١٨٢) .

البخاري[1] وأبو داود[2] والنسائي[3] من حديث الصعب ابن جثامة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: " لا حمى إلا لله ولرسوله " إلا أنه ينبغي أن يعرض الإمام على الأول الذي أحياها كما في عرض الإسلام على أحد الزوجين كما تقدم، فإن فعل فهو أحق بإحيائها وإن تمرد أذن الإمام لغيره بإحيائها.

والعد بكسر العين وتشديد الدال المهملتين الماء الكثير الذي لا ينقطع شبه الملح المذكور به، انتهى.

قلت: وقد توهم من لا رشد له أن إقطاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم لمن ذكر من جنس هذه الإقطاعات التي يفعلها الملوك لمن يخافون شره، ولم يعلم أنه صلى الله عليه وآله وسلم إنما أقطع الموات أو ما هو غير مملوك لأحد من الأرض الحية، كما أقطع الزبير من أموال بني النضير حضر فرسه وحيث بلغ سوطه[4]، وأما هذا الذي يفعله الملوك فهو لون آخر وخارج عن القانون الشرعي بالكلية، وذكر هذا مع وضوحه لأنه لما طال الأمد سمعت من يستدل لهذه الإقطاعات الملوكية [حقه الملكية][5] بإقطاعه صلى الله عليه وآله وسلم للماء العد للزبير.

وهذه الإقطاعات أكثر ما عرفت في اليمن من سنة عشر ومائة وألف للقبائل القبلية، ثم لبيت الإمام القاسم إذا خاف الخليفة شر أحد منهم فإنا لله وإنا إليه راجعون فإنه عم البلاء وطم، ومعنى الإقطاع في اليمن أن يجعل زكاة قرية أو قرى لرجل من الكبراء يأكلها ويتوسع بها في العمائر المحظورة والأمور المنكرة ويظلم من تحت يده من أهل القطعة، وغالب هذه الإقطاعات في اليمن لها شميين أغنياء، وقد سلفت إشارة إلى هذا في الحاشية في كتاب الزكاة وهو آخر التنبيه على الضروريات من الشرعيات لأنه طال الأمد ونسيت الشرائع فالله المستعان، وليتهم أخذوا ما هو زكاة شرعاً بل يأخذون ما هو محرم قطعاً كما يعرف ذلك كل ذي أذنين ويراه كل ذي عينين.

---

(١) في " صحيحه " رقم (٢٣٧٠) . (٢) في " السنن " رقم (٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤) .

(٣) في " السنن الكبرى " (رقم ٥٧٧٥) ط دار الكتب العلمية .

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : أقطع النبي صلى الله عليه وآله وسلم الزبير حضر فرسه ، وأجرى الفرس حتى قام ، ثم رمى بسوطه فقال أقطعوه حيث بلغ السوط " أخرجه أحمد (٢ / ١٥٦) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

إلا أن في ذلك بحثاً هو أن مضي الثلاث السنين إن لم تسقط حق المتحجر لم يكن للإمام الإذن لغيره، وإن أسقطه فلا حاجة إلى الاحتراز بصورة غالباً عن ذلك، ويشهد لذلك ما أخرج رزين[1] من حديث سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" من أحيا أرضاً قد عجز عنها صاحبها وتركها بمهلكة فهي له ".

(فصل)

والإحياء (***يكون بالحرث والزرع***) الصواب[أ] هو العطف بحرف التخيير لأن الحرث وحده مستقل بالإحياء وحرف الجمع ظاهر في أن المراد أن يكون مع الحرث الزرع (***أو الغرس أو امتداد الكرم***) كما ذهب إليه ابنا[2] الهادي[3] والمؤيد والمزني

فصل ويكون بالحرث

(أ) **قوله:** الصواب هو العطف بحرف التخيير، لأن الحرث وحده مستقل بالإحياء، أقول: هذا التصويب صحيح ليطابق "الأزهار "[4]المذهب ففي "البحر"[5] للمذهب أن التنقية وتبييض الأرض وإصلاح سواقيها يستحق به الملك، إذ هو إحياء ثم ذكر أنه لا يشترط في الإحياء الزرع، واختاره وعلله بأن الإحياء صلاحها للزرع، ثم ذكر خلاف ابني الهادي ومن معهما في اشتراط الزرع ورده، وعبارة "الأثمار" بلفظ أو مطابقة للمذهب، والشارح اختار مذهب ابني الهادي، فعبارة "الأزهار "مطابقة لما يختاره واحتج لما اختاره بحديث العوافي يريد ولا يأكل إلا من زرع ونحوه **[٣/٥٩٠]**

---

(١) ذكره ابن الأثير في "جامع الأصول " (١ / ٣٥١ رقم ١٣٦) ثم قال : هذا في كتاب رزين ولم أجده في الأصول.

(٢) الناصر والمرتضى " شرح الأزهار " (٧ / ٣٤٤) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٧٧) .

(٤) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٤٣) .

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ٧٧) .

وزفر، وهو الذي يشهد له حديث" ما أكلت العوافي منها فهو له صدقة " تقدم آنفاً [ولو حذف الحرث لكان أولى لأن الحرث لازم][1] وأما قول المصنف أنه إذا جرى العرف بأن مجرد الحرث إحياء كفى [٥٩٠/٣] في ثبوت الملك فإن أراد بالعرف غير[أ] المفهوم من اللفظ فوهم؛ لأن ذلك إنما يعتبر في الأيمان ونحوها، لأن قرينه على المراد من اللفظ .

وإن أراد عرف اللغة الذي هو مدلول اللفظ فإنما حياة الأرض لغة نموها بالنبات، وإحياؤها سقيها بالماء، كما قال تعالى:﴿ وَآيَةٌ لَهُمُ الْأَرْضُ الْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَاهَا وَأَخْرَجْنَا مِنْهَا حَبًّا فَمِنْهُ يَأْكُلُونَ ﴾ [2]ومنه قولهم: أرض جماد أي لا نبات فيها، وأما قولهم إنه يجوز التخصيص والتقييد بالعادة فمرادهم تقييد كلام المتكلم وتخصيصه بعادته لا عادة من سيأتي بعده.

نعم يصلح الحرث بمجرده سبباً للتحجر، وأما[ب] التخيير في إثبات الملك بين إحياء الأرض بالنبات (***أو إزالة الخمر***) وهي الشجر منها[ج] (***والتنقية***) لها (***أو اتخاذ حائط***) عليها يمنع الداخل والخارج إلا بمشقة، لأن ذلك مفهوم الحائط لغة إذ هو الجدار

[ولله جزيل الحمد والمن][1].

(أ) **قوله:** غير المفهوم من اللفظ، أقول: من لفظ الإحياء الذي به ورد الدليل من قوله " من أحياء أرضاً " وكلام الشارح قويم إذ المعتبر في ألفاظ الشارع لغته وعرفه.

(ب) **قوله:** وأما التخيير، أقول: لم يأت جواب لأما.

(ج) **قوله:** [وهو الشجر، أقول][1]: الخمر أقول بفتح الخاء والميم ما واراك من شجر ونحوه كما في "القاموس"[3] والمراد هنا الشجر.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) [سورة يس : ٣٣] .

(٤) " القاموس المحيط " (ص ٤٩٥) .

الصائن لما أحاط بها (**أو خندق قعير**) أي له قعر يقوم مقام الحائط (**أو مسنى**)[أ] وهو ما نصب من التراب (**للغدير**) ليضم ماءه (**من ثلاث جهات**) وإن بقيت الرابعة لدخول الماء والمواشي كما في البرك المتخذة في نواحي الجبال والتنقية شبيهة بالحرث وفيه الخلاف.

وأما اتخاذ الحائط فادعى المصنف الإجماع على ثبوت الملك به لحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال" من أحاط حائطاً على أرض فهي له " أحمد[١] وأبو داود[٢] وصححه ابن الجارود[٣] والبيهقي[٤] من حديث سمرة والطبراني[٥] والبيهقي[٦] كذلك إلا أنهما أخرجاه من طريق الحسن وفي سماعه من سمرة خلاف، ورواه عبد بن حميد[٧] من حديث جابر أيضاً .

وأما الخندق القعير فقياس على الحائط، ومنع الفقهاء وغيرهم من ثبوت الملك به ولا محيص لمن أثبت القياس عن إثبات الملك به لظهور الاشتراك في الجامع، وهو منع

(أ) **قال:** أو مسنى، أقول: في "القاموس"[٨] المسناة العريم، فالظاهر الإتيان بالهاء وقد أتى بها في "البحر"[٩] فقال المسناة **[٣/٥٩١]**.

---

(١) (٥ / ١٢ ، ٢١) .

(٢) في " السنن " (٣٠٧٧) .

(٣) في " المنتقى " رقم (١٠١٥) .

(٤) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٤٢) .

(٥) في " المعجم الكبير " رقم (٦٨٦٣ و ٦٨٦٤) .

(٦) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٤٢).

وهو حديث ضعيف .

(٧) في " المنتخب " (ص ٣٣٠ رقم ١٠٩٥) .

(٨) " القاموس المحيط " (ص ١٦٧٢) .

(٩) " البحر الزخار " (٤ / ٧٧) .

الداخل والخارج بغير مشقة، وإما المسنى فمنع الإمام يحيى وغيره ثبوت الملك به والحق حصول الإحياء به، لأن الماء حياة مجازية فهو كالزرع ولاشتراكهما في كونهما متاعاً.

(**و**) يكون الإحياء (***بحفر في معدن أو غيره***) كالبئر .

وقال الإمام يحيى لا بد من أن ينتهي الحفر إلى الماء أو يطوي البئر ويعتبر في الإحياء قصد الفعل لا أنه يعتبر معه قصد (***التملك***) إلا أن المصنف قال: لو أراد [باتخاذ][1] بالحائط كون المحاط عليه جرناً أو للغنم لم يكن ذلك موجباً للملك حتى يمنع الداخل والخارج بخلاف أساس البيت ولا فرق فينظر فيه.

(**و**) إذا حصل الإحياء بأحد هذه الأفعال وكل على أصله فإنه (**يثبت به**) للفاعل (**الملك**) وإن عطله من بعد، أما إذا لم يتغير فعله فاتفاق (**و**) أما إذا تغير وعاد كما كان قبل الإحياء فكذا (***لا يبطل بعوده كما كان***) إلا أنه ينافي ذلك ما أخرجه رزين من حديث سعيد بن زيد كما تقدم، ويشهد له حديث "عادي الأرض"[2] لأنه عند العرب كناية عن متقادم العهد، لأن المراد به ما كان من عاد بخصوصها.

قال المصنف: أما إذا رغب عنه كان كمن سيّب الدابة (**و**) الإحياء (**لا يصح فيه وفي نحوه**) من المباحات الأصلية كالصيد والحطب والحشيش والماء (***الاستئجار***) لحوزها (**و**) لا (***الاشتراك***) أي عقد الشركة فيما حازه كل واحد منهما (**و**) لا (***التوكيل بل يملكه الفاعل في الأصح***) وقال المؤيد[3] ومالك[4] [٥٩١/٣] بل يصح ذلك كله لنا أن التوكيل إنما يكون [وفي النسخة يصح][1] فيما

....

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٧٧) .

(٤) " عيون المجالس " (٤ / ١٨١٥) .

به الموكل دون غيره، ورد بأنه مصادرة بل الاستئجار والتوكيل طلب منفعة من الأجير يختص والوكيل غير محصورة على الموكل.

(**فصل والتحجر**) يثبت للمسلم فقط كما في الإحياء وإنما يكون (**بضرب الأعلام**) المشعرة بالتحجر (**في الجوانب**) من المتحجر وهو (**يثبت به**) للفاعل (**الحق لا الملك**).

(**اعلم**) أن الحق في أصل اللغة مصدر بمعنى الاستقرار يؤكد به نسبة شيء إلى شيء، تقول زيد قائم حقاً أي استقراراً لا يختلف فيه، ثم نُقل إلى المستقر نفسه فقيل عند فلان لي حق أي شيء مستقر ثبوته.

وأما الملك فهو في الأصل حَوْز الشيء والاستيلاء عليه، ثم تقيد الحوز بكونه على وجه اعتبره الشرع وربما عبر به عن المحوز مجازاً فقيل الفرس ملك زيد أي محوزة بوجه الشرع، فعرفت أن الملك أخص من الحق إذ كل ما حيز بوجه الشرع فقد استحق، وليس كلما استحق فقد ملك كما في المبيع قبل التسليم، والشفعة بعد طلبها.

إذا عرفت هذا فقد جعلوا التحجر كعقد البيع والإحياء كقبض المبيع (**فيبيح**) المتحجر ما تحجره (**أو يهب**) لكن (**لا بعوض**) وإلا كان بيعاً، وقد عرفت أن بيع المستحق قبل قبضه لا يصح إلا أن في ذلك بحثاً وهو أن امتناع بيع غير المقبوض منقوض بصحة[أ] التصرف في المهر المعين قبل قبضه، وقد تقدم الاعتذار عن ذلك وما عليه (**وله منعه وما حاز**) من شجر أو كلأ أو غيرهما إلا أن في الكلأ ما سيأتي.

فصل والتحجر بضرب الأعلام

(أ) **قوله:** بصحة التصرف في المهر قبل قبضه، أقول: الكلام والدليل إنما هو في العين المشتراة، وأنه لا يتصرف فيها قبل القبض كما تقدم، وأما المهر فليس عيناً مبيعة، إنما هو كالأجرة يتصرف فيها قبل القبض، نعم تقدم في "الأزهار" استثناء المهر من تحريم بيع المعدوم، وأنه يجوز بيعه وإن كان معدوماً وهي غير ما هنا، نعم لوكان المهر عيناً معينة كأن يمهرها عبداً جاز التصرف فيه قبل قبضه، فإن

(**ولا يبطل**) التحجر (**قبل مضـي ثـلاث سنين**) من التحجر إلى الإحياء (**إلا بإبطاله**) لحقه الثابت بالتحجر (**ولا**) يبطل حقه (**بعدها**) أيضاً (**إلا به**) أي بإبطاله لحق نفسه (**أو بإبطـال الإمـام**) لما يروى(أ) عن عمر أنه أبطل حق المتحجر بعدها وأنـه روي له عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن حق المتحجر لا يبطل إلى ثـلاث سـنين ولعدم صحة ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الإمام يحيى[1] والإسفرائيني[2] بل شهر إذ هو أقل ما قيل، وكل الأقوال قول بانقطاع الحق بمجرد الغفلة عنـه وذلـك مخالف(ب) لقياس الحقوق ولا يصح(ج) القياس عليه لو صح فضلاً عن القياس عليه مع عدم

الأصل أنه إذا ملك الإنسان جاز له فيه كل التصرف وإن لم يقبضه، لأن هذا شـأن الملـك وورد النص في تحريم التصرف في العين المشتراة قبل قبضها، فهذا حكم خاص بالعين المملوكة بالشراء أنها لا تباع قبل قبضها، فالتعميم لكل تصرف في كل عين ملكت غير صحيح.

(أ) **قولـه:** لما يروى عن عمر أنه.. إلخ، أقول: أخرج البيهقي[3] من حديث عمرو بن شعيب أن عمـر جعل التحجر ثلاث سنين، فإن تركها حتى تمضي ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها، انتهى. ولم أجد أنه روي فيه عنه صلى الله عليه وآله وسلم حديثاً بل الظاهر أنه رأي لعمر.

(ب) **قولـه:** مخالف لقياس الحقوق، أقول: فإنها لا تبطل بمجرد غفلة ذي الحق عنها.

(ج) **قولـه:** ولا يصح القياس عليه، أقول: ليس هنا قياس بل استدلوا بـالنص ويكفـي في رده عـدم ثبوته.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٣) .

(٢) انظر " المغني " لابن قدامة (٨ / ١٥٤) .

(٣) في " السنن الكبرى " (١ / ١٤٨) .

صحته، فالحق أن مباح الأصل[أ] لا ينتقل عن الإباحة العامة إلا بمبادئ الإحياء متصلة بـه وإلا كان من حماية المباح، وقد تقدم حديث[1] " لا حمى إلا لله ولرسوله" وأما حديث أبي هريرة مرفوعاً عند مسلم[2] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" إذا قام أحدكم عن مجلسه فهو أحق به إذا عاد إليه " فالوقوف فيه كوضع الزرع وقبض الصيد لا مجرد تحجر فلا يبطل إلا بالإضراب عنه وتسييبه كما تقدم.

ثم لا حاجة إلى قوله: (**ولا**) يبطل التحجر بأن يأتي رجل آخر إلى ما تحجره غيره فيقوم (**بإحيائه غصباً**) على المتحجر لما عُلم من أن الغصب إذا ثبت لم يثبت به انقطاع حق المغصوب عليه (**قيل و**) إذا فعل الغاصب فإن (***الكراء لبيت المال***) لأن الكراء ثمرة الملك ولا ملك للمتحجر بمجرد التحجر ولا للغاصب، إذ ليس لعرق ظالم حق.

(أ) **قوله:** فالحق أن مباح الأصل.. إلخ، أقول: وهذا هو الذي أخرجه البيهقي في السنن[3] عن سالم عن أبيه قال: كان الناس يتحجرون على عهد عمر فقال: من أحيا أرضاً فهي له زاد مالك[4] مواتاً، قال يحيى[5] كأنه لم يجعلها له بالتحجر حتى يحييها.

قوله: فالحق، أقول: هذا جوابه يبطل التحجر بالكلية إلا فيما فيه حق عام لكل أحد كالمسجد والسوق، فمن سبق إليه فهو أولى به كما مضى تحقيقه.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح.

(٢) في صحيحه رقم (٢١٧٩).

(٣) (٦ / ٦٤٢).

(٤) في " الموطأ "(٢ / ٧٤٣ رقم ٢٦).

(٥) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٤).

وأشار المصنف بلفظ القيل إلى ضعفه، لأن استحقاق بيت المال للكراء فرع ملكه أيضاً، والمباح غير مملوك لأحد، والحق أنه للغاصب لأن فعله لا يكون غصباً لعين لأنها لم تدخل في ملك المتحجر، ولا لمنفعة لأن ملك المنفعة فرع ملك العين والسر فيه ما أشرنا [٥٩٢/٣] إليه من أن التحجر من الحمى لا يثبت به حق إلا مقترناً بمبادئ[أ] الإحياء

(**والشجر**[ب][1])، ....

(أ) **قولـه:** إلا مقترناً بمبادئ الإحياء، أقول: فلا غاصب ولا مغصوب، فالحق أن ما تحصله الأرض المحياة يكون ملكاً لمن زرعه [٥٩٢/٣].

(ب) **قولـه:** والشجر فيه وفي غيره كلأ، أقول: مراد المصنف أن الشجر مباح في الأرض المحياة وغيرها كما فسر قوله كلأ بقوله: لا يملكه أحد كما في "الغيث"[2]، إلا أن الكلأ لغة الحشيش أو النبات كما في كتب اللغة.

وفي شرح مسلم[3] الكلأ مهموز ومقصور وهو النبات سواء كان رطباً أو يابساً، وأما الحشيش والهشيم فمختص باليابس وبالعشب الرطب منه، انتهى. وفي الضياء مثله في الكلأ، وفي "القاموس"[4] الكلأ الحشيش، انتهى. ولم يأت بمعنى مباح قط فالعبارة في معنى الشجر فيها وفي غيرها حشيش، وهذا لا فائدة تحته بل لا يصح هذا الإخبار، وإن أريد أنه على تقدير مضاف أي حكم الشجر وفي غيرها حكم الحشيش فالحشيش ما قد تقدم بيان حكمه حتى يحال عليه.

بل هذا محل بيانه كما لا يخفى فالعبارة غير صحيحة في المراد، وقد تابعه عليها الأثمار والفتح فينظر.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٨٢) لا وجه لقول المصنف " والشجر فيه إلخ " لأن الذي حكم عليه النبي ﷺ بأنه مشترك بين الناس هو الكلا ، والشجر ليس بكلأ فإنه عند أهل اللغة يطلق على الحشيش ولعل المصنف يريد بهذه العبارة أن الشجرة له حكم الكلأ ، وهذا يحتاج إلى دليل . فإن النبي ﷺ قال : " لايمنع الماء والنار والكلأ " وهو حديث صحيح .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٧) .

(٣) (١٠/ ٢٢٩) .

(٤) " القاموس المحيط " (٧٤) .

النابت[أ] بنفسه (**فيه**) أي في الموضع المتحجر (**وفي غيره**) المذهب فيه قول أبي طالب[1] وأبي العباس وأبي حنيفة[2] أنه (**كلأ**) في كل محل ينبت بنفسه (**ولو**) كان ذلك المحل (**مسبَّلاً**) أو ملكاً[ب] أيضاً ٠

(**وقيل**) قائله المؤيد[3] والإمام يحيى[3] والشافعي[4] أن النابت لنفسه يتبع المنبت فهو (**فيه**) أي في المتحجر (**حق**) للمتحجر (**وفي الملك**) ومنه محتطب القرية ومرعاها لما أشرنا لك إليه من تبعيتهما للقرية في الملك بالإحياء لا كما توهمه من لا رشد له فيجيء الخلاف في أنه (**ملك**) أو مباح (**وفي المسبّل**) لمسجد أو غيره (**يتبعه**) لنا حديث" المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار " أحمد[5] وأبو داود[6] من

والتأويلات البعيدة ممكنة لكن الكلام في حل العبارة على الأسلوب العام لأهل العلم، والشارح لم ينبه عليه بل العجب أنه قال في آخر البحث إن الكلأ مرادف المباح افتراء على اللغة.

(أ) **قوله:** النابت بنفسه، أقول: احترز عما ينبته الناس، وفي "الفتح"[7] وحكم شجر أو نابت غير منبت.. إلخ.

(ب) **قوله:** أو ملكاً، أقول: مثله في الفتح وغيره، إلا أنه قال في "الغيث" للمتحجر والمالك المنع من الدخول إلى منبتهما بحيث لو أمكن قطعهما من غير دخول لم يكن له المنع.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٧) ٠

(٢) " البناية في شرح الهداية " (١١ / ٣٥٧ – ٣٥٨) ٠

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٧٨) ٠

(٤) " البيان " (٧ / ٤٨٧) ٠

(٥) في " المسند " (٥ / ٣٦٤) ٠

(٦) في " السنن " رقم (٣٤٧٧) ٠

قلت : وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧ / ٣٠٤) وابن عدي في " الكامل " (٢ / ٨٥٧) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٠) وأبو عبيد رقم (٧٢٩) ويحيى بن آدم في الخراج رقم (٣١٥) من طرق ٠ وهو حديث صحيح ٠

(٧) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٧) ٠

حديث أبي خداش عن رجل من مهاجري أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يرفعه وأبو خداش[أ] تابعي معروف وهو عند ابن ماجه[1] من حديث ابن عباس رضي الله عنه وفيه عبدالله[ب] بن خراش متروك[2]، إلا أن ابن السكن[3] صححه وكأنه صححه لا

(أ) **قوله:** وأبو خداش تابعي معروف، أقول: سماه أبو داود حبان بن زيد، قال في التقريب[2] أبو خداش بكسر المعجمة وآخره معجمه، ثقة من الثانية، أخطأ من زعم أن له صحبة، وظاهر ضبطه أن بعد العين دال مهملة.

(ب) **قوله:** عبدالله بن خراش، أقول: هو كالأول في ضبطه إلا أن بعد الفاء راء ابن حوشب الشيباني أبو جعفر الكوفي ضعيف، وأطلق عليه ابن عمار الكذب، قال الخطابي[4] في الكلام على حديث: الناس شركاء في ثلاث المذكور ما لفظه، الكلأ نبت في موات الأرض يرعاه الناس ليس لأحد أن يختص به دون أحد أو تحجره عن غيره، وكان الجاهلية إذا غزى الرجل منهم حمى بقعة من الأرض لماشيته ترعاه ويذود الناس عنها فأبطل ذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم وجعل الناس شركاء يتعاورونه بينهم، فأما الكلأ إذا نبت بأرض مملوكة لمالك بعينه فهو له ليس لأحد أن يشركه فيه إلا بإذنه .

---

(1) في " السنن " رقم (٢٤٧٢) .

قلت : وأخرجه الطبراني في " الكبير " (ج ١١ رقم ١١١٠٥) وابن عدي في " الكامل " (٤ / ١٥٢٥) والمزي في " تهذيب الكمال " (١٤ / ٤٥٥) بسند ضعيف .

وقال البوصيري في " مصباح الزجاجة " (٢ / ٢٦٦) : " هذا إسناد ضعيف عبد الله بن حراش ضعفه أبو زرعة ، والبخاري ، والنسائي ، وابن حيان ، وغيرهم .

(2) قال الحافظ في " التقريب " رقم (١٠٧٣) : حيان بن زيد الشرعبي ، أبو خداش : ثقة من الثالثة أخطأ من زعم أن له صحبة ... " .

وقال ابن عبد البر في " الاستيعاب " (٤ / ٢٠٠ رقم ٢٩٥٦) أبو خداش لا تصح له صحبة . ووافقه الحافظ في " الإصابة " (٧ / ٩٨ رقم ٩٨٦٢) .

(3) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٤٣) .

(4) في " معالم السنن " (٣ / ٧٥١ – مع السنن) .

لذاته بل لغيره، فإن له شواهد منها عن ابن عمر عند الطبراني [(١)] بسند حسن، وعند الخطيب[(٢)]، وزاد الملح عن أبي هريرة، عند ابن ماجه[(٣)] بسند صحيح" ثلاث لا يمنعن الماء والكلأ والنار " وأجيب بأن الكلأ اسم غالب في المباح الذي ينتجعه الأعراب في البوادي على مياهها كما صرح به حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتفق عليه [(٤)] مرفوعاً بلفظ" ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم، رجل على فضل ماء بالفلاة يمنعه من ابن السبيل " الحديث[(أ)] ولو سُلِّم فعموم قد خصصتموه بإخراج ما نقل عنه عن

وأما قوله: والنار فذهب بعض العلماء إلى أن المراد بها الحجارة التي تورى بها النار، وقال لا يمنع أحد أن يأخذ حجراً يقدح بها النار، فأما النار التي يوقدها الإنسان فله منعها من غيره، وقال بعضهم: له أن يمنع من يريد أن يأخذ منها جذوة من الحطب الذي قد احترق فصار جمراً وليس له أن يمنع من أراد أن يستصبح منها مصباحاً أو يدني منها ضغثاً يشتعل بها، لأن ذلك لا ينقص من عينها شيئاً، انتهى.

قلت: والحديث ظاهر في أن له أن يأخذ منها أي من جمرها نفسه، إلا أنه لما كان قد أحرز حطبها بشرائه له أو باحتطابه ونقله فإن جمرها وما تفرع عنه ملك له لا يحل أخذ شيء منه إلا بطيبة من نفسه.

(أ) **قوله:** الحديث، أقول: تمامه ورجل بايع رجلاً بسلعة بعد العصر فحلف له بالله لأخذها بكذا وكذا فصدقه وهو على غير ذلك، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا لدنيا فإن أعطاه منها وفّى له وإلا لم يف، أحمد والشيخان والأربعة.

---

(١) كما في " نصب الراية " (٤ / ٢٩٤) .

(٢) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٤٣) .

(٣) في " السنن " رقم (٢٤٧٣) .

(٤) أخرجه البخاري رقم (٢٣٥٨) ومسلم رقم ١٠٨) .

حكم العموم وحكم جوز المنبت حكم النقل للإجماع على أن غير المنقول لا يشترط في ملكه النقل لعينه ولا لغلته التابعة لعينه والقياس(أ) على المخرج قياس على أصل

قلت: ولا يخفى أنه لا دليل فيه على ما قاله الشارح من أن الكلأ اسم لما في البوادي على المياه، فالحديث إنما هو وعيد على من منع فضل الماء ابن السبيل في الفلاة لا تعلق له بالكلأ، وكأنه انتقل ذهن الشارح إلى حديث أبي هريرة عند البخاري[1] وغيره [2]مرفوعاً لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ.

قال في "فتح الباري"[3] : المعنى أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ما غيره ولا يمكن أصحاب المواشي إلا إذا مكنوا من سقي بهائمهم من تلك البئر، لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعي، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي، وفي "معالم السنن"[4] هذا في الرجل يحفر البئر في الأرض الموات، وسرد كلاماً قريباً من كلام ابن حجر.

قلت: ولا يخفى أنه لا دليل للشارح في الكلأ لأن بالفلاة من مفهوم الاسم ولا يعمل [هو][5] به، وقد تقدم له قريباً عدم العمل به وكأنه لذلك بادر إلى التسليم.

(أ) **قوله:** والقياس على المخرج قياس صحيح، أقول: العلة عندهم النقل والإحراز ولا نقل في المحوز ولا إحراز فالقياس غير صحيح لعدم الجامع، وقوله للإجماع على أن المنقول لا يشترط في ملكه النقل مسلم فيما ملك بعقد الشراء كما نادى به قوله في ملكه ولا كذلك الحقوق، وقد تقدمت له التفرقة بين الحق والملك.

نعم الحق أن الأحاديث دالة على اشتراك الناس في الماء والكلأ والنار والملح من معدن مطلقاً، ودل العمل في عصره صلى الله عليه وآله وسلم ومن بعده [إلى يومنا من الناس][5] أن من نقل أي شيء

---

(١) في صحيحه رقم (٢٣٥٣) .

(٢) كمسلم في صحيحه رقم (٣٧ / ١٥٦٦) وأحمد (٢ / ٢٧٣) .

(٣) (٥ / ٣٢) .

(٤) في " معالم السنن " (٣ / ٧٥١ – مع السنن) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

من هذه وأحرزه لم يبق لغيره فيه حق، إذ من المعلوم أن في عصره صلى الله عليه وآله وسلم كـــانوا ينقلون الماء إلى محالهم ويستبدون به، ولا يأتي أحد إلى من لديه ماء قد أحرزه من بئر أو نهر يغتـــرف منه على حد اغترافه من البئر والنهر، [و][1]لا يقول هذا أحد، واستمر على هذا عمل الناس وباع الماء السقايون اسم الفاعل سقاء مهموز أو جمعه السقاؤون لما نقلوه وأحرزوه في كـــل أرض وكـــل عصر .

وبوب البخاري[2] باب بيع الحطب والكلأ .

قال ابن بطال في شرحه[3]: الاحتطاب من المباحات والاختلاء من نبات الأرض متفق عليه حتى يقع ذلك في أرض مملوكة فترتفع الإباحة، قال ووجهه أنه إذا ملك بالاحتطاب والاحتشاش فلأن يملـــك بالأصالة أولى، انتهى. وقلنا: مطلقاً سواء كان الكلأ في حق أو ملك فإن حديث: "ثلاثـــة" مطلـــق وحديث فضل الماء كذلك وسائر ما ورد لم يرد بتفرقة بين حق وملك هذا وابن القيم [4]جـــنح إلى مثل كلام أهل المذهب وأنه مباح في ملك وحق إلا أن أهل المذهب منعوا من دخـــول أرض الغـــير لذلك إلا بإذن، وهو خالفهم في هذا وأطال البحث في ذلك .

وحاصل ما قاله أن محل النهي صور :

أحدها : المياه المنقعة من الأمطار في أرض مباحة فهي مشتركة بين الناس ليس أحد أحق من أحـــد إلا بالتقديم لقرب أرضه، وهذا النوع لا يحل منعه ولا بيعه ومانعه عاص مستحق لوعيد الله تعالى، ولمنع فضله إذ منع ما لم تعمل يداه، فإن قيل: فلو اتخذ في أرضه المملوكة حفرة يجمع فيها المـــاء أو حفـــر بئراً فهل يملكه بذلك ويحل له منعه؟ فقيل لا ريب أنه أحق به من غيره، ومتى كان المـــاء النـــابع في ملكه والكلأ والمعدن وفق كفايته وكفاية مواشيه ودوابه لم يجب عليه بذله، ولا يدخل تحت وعيـــد النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فإنه إنما توعد فضل الماء ولا فضل هنا، وما فضل منه من حاجته

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) في صحيحه (٥ / ٤٦ الباب رقم ١٣ – فتح) .

(٣) في شرحه لصحيح البخاري (٦ / ٥٠٨) .   (٤) في " زاد المعاد " (٥ / ٧٠٨ – ٧٠٩) .

وحاجة دوابه بذله لآدمي مثله أو بهائمه بغير عوض.

ولكل أحد أن يقدم إلى الماء ويشرب ويسقي ماشيته، وليس لأحد منعه من ذلك، وهل يلزم أن يبذل له الدلو والبكر مجاناً الأظهر دليلاً وجوب ذلك لأنه من الماعون، وهذا فيما كان في الصحاري وفي البراري دون البنيان فليس لأحد دخوله إلا بإذن صاحبه [يأتي له تفصيل في هذا تمت] [1] وهذا في البذل لآدمي وهل يلزمه بذل الفضل من مائه لزرع غيره، فيه قولان لا يلزمه إذ لا حرمة للزرع نفسه، فهذا لا يجب سقيه على صاحبه، وهو مذهب الشافعي بخلاف الماشية.

والثاني يلزمه بدليل عموم أحاديث الوعيد على بيع فضل الماء، وقولهم لا حرمة للزرع مردود، قال أبو محمد المقدسي تضييع المال منهي عنه وإتلافه محرم وذلك دليل حرمته، فإن قيل فإذا كان في داره وأرضه بئراً وعين مستنبطة فهل يكون ملكاً له تبعاً لملك الأرض، قيل أما نفس البئر وأرض العين فمملوكة لمالك الأرض ويحل له بيعها، وقيل قواعد الشرع وحكمته واشتماله على مصالح العالم يقتضي المنع من بيع هذا الماء، وفيه قولان لأحمد[2]، ووجهان [٥٩٣/٣] لأصحاب الشافعي[3]، والمختار ما أشرنا إليه.

وعلى هذا فإذا دخل غيره بغير إذنه يأخذ شيئاً ملكه لأنه مباح له في الأصل فأشبه ما لو عشش طائر في أرضه فدخل فأخذه، فإن قيل فهل له منعه عن دخول ملكه وهل يجوز دخوله في ملك الغير بغير إذنه؟ قيل: إنه لا يجوز له الدخول بغير إذنه، والصواب أنه يجوز له الدخول لأخذ ماله وقد يتعذر عليه غالباً استئذان مالكها ويكون قد احتاج إلى الشرب وسقي بهائمه ورعي الكلأ ومالك الأرض غائب، فلو منعناه عن دخولها إلا بإذنه كان ذلك إضراراً بينا به، وأيضاً فإنه لا فائدة لهذا الإذن فإنه ليس لصاحب الأرض منعه من الدخول بل يجب عليه تمكينه منه، وغاية ما يقدر أنه لم يأذن له وهو محرم شرعاً، فلا فائدة في توقف دخوله على الإذن، وأيضاً فإنه إذا لم يتمكن من أخذ حقه الذي جعل له الشارع إلا بالدخول فهو مأذون شرعاً.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " المغني " لابن قدامة (٦ / ١٤٦ – ١٤٧) .

(٣) انظر : " الوسيط " للغزالي (٤ / ٢٣٤ ، ٢٣٥) " البيان " للعمراني (٧ / ٤٨٢) .

نعم إذا كان الدخول على أهله وحريمه فإنه لا يجوز بغير إذن بخلاف ما إذا كان في الصحراء أو دار لا أنيس بها فله الدخول، وقد قال تعالى:﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ ﴾[1]وهذا الدخول الذي رفع الجناح هو الدخول بلا إذن، فدل على جواز الدخول إلى بيت غيره وأرضه غير المسكونة لأخذ حقه من الماء والكلأ.

فإن قيل: فما تقولون في بيع البئر نفسها والنهر نفسه؟ قيل: قال الإمام أحمد[2] إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قرارها ويجوز بيع البئر نفسها والعين، والذي قاله هو الذي دلت عليه السنة، فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" من يشتري بئر [3]رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة" أو كما قال فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي وسبلها للمسلمين بأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وكان اليهودي يبيع ماءها فكان في هذا حجة في جواز بيع البئر وجواز شرائها وتسبيلها.

فإن قيل فإن كان الماء لا يملك عندكم ولكل أحد أن يستقي منه حاجته فكيف أمكن اليهودي تحجره حتى اشترى عثمان البئر وسبلها؟ فإن قلتم: باع نفس البئر ودخل الماء تبعاً أشكل عليكم ما قررتم من جواز دخول ملك الغير لأجل الكلأ والماء، وقصة اليهودي تدل على أحد أمرين، إما ملك الماء بملك قراره، أو أنه لا يجوز دخول أرض الغير إلا برأيه، قيل: هذا سؤال قوي تمسك به من ذهب إلى أحد هذين المذهبين، ومن منع أجاب بأن هذا قبل تقرر أحكام الإسلام، وفي أول الأمر واليهود لهم شوكة ولم تكن أحكام المسلمين جرت عليهم، وسياق قصة البئر ظاهر أنها كانت في أول قدومهم المدينة.

---

(١) [سورة النور : ٢٩] .

(٣) " المغني " لابن قدامة (٦ / ١٤٧ – ١٤٨) .

(٣) تقدم وهو حديث صحيح .

صحيح، ومنه ذهب البعض إلى عدم حجية العموم بعد تخصيصه، وسيأتي في تحقيق حكم الماء أنه لا يملك منه ما فضل عن الكفاية، سواء كان في الملك أو غيره فيجري مثله في النار والكلأ.

ولو صح ملكه لما رجع النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن تمليك الأبيض بن حمال ملح مأرب لما قال [له][1] الأقرع بن حابس: يا رسول الله، إنما هو كالماء العد أي الكثير الدائم، فرجع النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقال:" فلا إذن "[2] وبه تعلم أنه لا يصح للإمام أن يقطع أحداً مثل ذلك ولا يمنع الماء العد.

(**و**) أما (**في غيرها**) أي غير الحق والملك والمسبَّل فلا نزاع في أنه (**كلأ**) أي مباح فظهر لك أن الكلأ مرادف للمباح [٥٩٣/٣].

وهذا في الماء غير الجاري وأما المياه الجارية فإن كان كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك بحال، ولو دخلت إلى أرض رجل لم تملك بذلك وهو كالطير يدخل أرض الغير فإنه يجوز صيده، وأخذه فإن جعل له في أرضه بركة يجتمع فيها لم يخرج منها فهو كنقيع البئر، وفيه من النزاع ما تقدم وإن كان لا يخرج منها، فهو أحق بالسقي والشرب وما فضل فحكمه حكم ما تقدم انتهى كلامه[3].

ولا يخفى قوة ما ذكر من جواز دخول ملك الغير بغير إذنه، وإن كان أول كلامه في صدر البحث يدل على أنه لا يدخل ملك الغير، فكأنه تكلم بذلك على رأي من يمنع ذلك ثم رجح آخراً ما هو الأقوى دليلاً، وقد يتأول أول كلامه بأنه أراد ما لا يحل دخوله مما فيه رب البيت والأرض وحريمه والله أعلم.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) أخرجه الترمذي رقم (١٣٨٠) وأبو داود رقم (٣٠٦٤) وابن ماجه رقم (٢٤٧٥) وابن حبان رقم (١١٤٠ ، ١٦٤ – موارد) وأبو عبيد في الأموال رقم (٦٨٥).

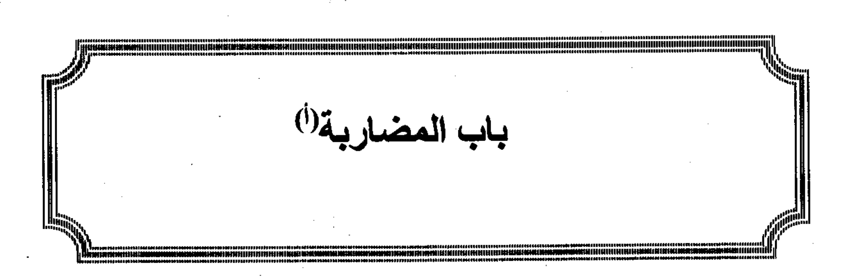
(٣) انظر : " المغني " (٦ / ١٤٧ – ١٤٨) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩) " مدونة الفقه المالكي وأدلته " (٤ / ١٠ – ١١).

• •

واعلم أنه ورد إلينا سؤال[1] من بعض حكام الديوان في كيفية الاشتراك في الثلاث التي ذكــرت في الحديث وبسطنا الجواب بما فيه فوائد واسعة وإيضاح وبيان لا مزيد عليه •

---

(١) وهي الرسالة رقم (١٢٣) من " عون القدير " من فتاوى ورسائل ابن الأمير بتحقيقي ط : ابن كثير دمشق •



باب المضاربة[أ]

(أ) **باب المضاربة:** أقول: في شرح الأثمار أنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السفر، قال تعالى: ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾[1] لما كان لا يحصل المقصود بها في الغالب إلا بالسفر، وقيل: من الضرب في المال أي التصرف فيه، وعلى هذين الوجهين لا يشتق للمالك منها اسم بل يقال رب المال، ويقال: للعامل فيها مضارب[2] بفتح الراء وللمالك مضارب بكسرها، وقيل يصح أن يقال لكل منهما بفتح الراء وكسرها على البدل، ويسمى القراض اشتقاقاً من القرض وهو القطع لما كان المالك يقطع للعامل قطعة من ماله ليتجر فيها، انتهى. وعلل في "الإمداد"[3] وجه التسمية بالمضاربة بأن كلاً منهما يضرب بسهم من الربح، قال وتسمى مفاوضة وهي المساواة لتساويهما في الربح.

(١) [سورة المزمل : ٢٠] .

(٢) انظر : " المغني " (٧ / ١٣٤) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٥٧ – ٣٥٨) .

قال قال المصنف هي بالوكالة أشبه لأن عقدها غير لازم لعدم وجوب تعيين مدة العمل ونحوها، فكان حقها على هذا أن تؤخر إلى الوكالة، والحق أنها نوع من الإجارة لأنها عمل أحد المتأجرين في عين لصاحبه بجزء من الربح وقد نبهناك[أ] فيما سلف أنها كالمخابرة لكن لم يرد فيها بخصوصها نهي وإنما حلها على أصل الإباحة والبراء من المانع إلا أن يقاس على المخابرة عند مانع المخابرة، فلا محيص لمن جعل القياس دليلاً على قياس إحداهما على الأخرى لعدم الفرق إلا بوصف طردي.

وقال ابن حزم في مراتب[1] الإجماع: كل أبواب الفقه فله أصل في الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ولكنه إجماع صحيح مجرد، قال[ب] ابن

(أ) **قوله:** وقد نبهناك فيما سلف، أقول: الذي سلف أن المخابرة مثلها في شرح قوله كالمخابرة.

(ب) **قوله:** قال ابن حجر.. إلخ، أقول: قاله في "التلخيص"[2] بعد نقل كلام ابن حزم ولكن ابن حزم صرح بأنه كان في الجاهلية وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها، ثم قال: فأقر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك في الإسلام وعمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه، وذكر خروجه صلى الله عليه وآله وسلم في قراض بمال لخديجة، قلت: ولا يخفى أنه صلى الله عليه وسلم خرج بمال لخديجة قبل البعثة والنبوة فيصح الاستدلال به على أنه كان القراض أمراً معلوماً في

---

(١) (ص ٩١) وإليك نص كلامه .

قال ابن حزم في " مراتب الإجماع " (ص ٩١) " كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة ، نعلمه ولله الحمد ، حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي ﷺ وعلمه فأقره ، ولولا ذلك لما جاز " اهـ .

* وتعقبه المحدث الألباني في : " الإرواء " (٥ / ٢٩٤) قائلاً : "وفيه أمور أهمها أن الأصل في المعاملات الجواز ، إلا لنص . بخلاف العبادات فالأصل فيها المنع إلا لنص ، كما فصله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ، والقرض والمضاربة من الأول كما هو ظاهر ، وأيضا فقد جاء النص في القرآن بجواز التجارة عن تراض ، وهي تشمل القراض كما لا يخفى، فهذا كله يكفي دليلاً لجوازه ودعم الإجماع المدعي فيه " اهـ .

(٢) (٣ / ١٢٩) .

حجر[1]: والذي نقطع به أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز البتة، إلا أن قوله ولولا ذلك لما جاز البتة مدفوع بما ذكرنا من أن الأصل عدم المانع.

الجاهلية وذلك مما لا نزاع فيه .

وفي "نهاية المجتهد"[2] لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية وأقره الإسلام، انتهى.

وفي الإمداد أن أصله قبل الإجماع قوله تعالى﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾[3] قوله تعالى﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾[4] وتقريره صلى الله عليه وآله وسلم لأهل عصره فإنه كان كثيراً بينهم بل ضارب صلى الله عليه وآله وسلم لخديجة بمالها إلى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة، انتهى.

قلت: ولا يخفى ما في الاستدلال على ذلك بالآيات فإنها ظاهرة في مطلق الابتغاء من فضل الله، إلا أن يريد أنه يدخل باب المضاربة في الابتغاء من فضل الله، فالاستدلال بالمطلق على المعين لا ينتهض، والضرب في الآية غير هذا المعنى المصطلح عليه وخروجه صلى الله عليه وآله وسلم في مال خديجة ليس نصاً في المضاربة ولكنه داخل في الإجارة كما قاله الشارح إلا أنها إجارة فاسدة لجهالة المدة فإن عينت كانت صحيحة.

---

(١) في " التلخيص " (٣ / ١٢٩) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٤٩) بتحقيقي .

(٣) [سورة المزمل : ٢٠] .

(٤) [سورة البقرة : ١٩٨] .

فصل

(***وشروطها الإيجاب***) من المستأجر على عادة[أ] المصنف في جعل الركن شرطاً (***بلفظها أو ما في حكمه***) من أمر العامل بالتصرف (***والقبول***) من العامل (***أو***) ما في حكمه من (***الامتثال***) لأمر المستأجر بقبضه للمال أو التصرف فيه .

(***ولو***) حصل القبول أو الامتثال (***على التراخي***) لأن المضاربة تشبه الوكالة (***ما لم يُرد***) العامل الإيجاب على الموجب ولا بد أن تكون (***بين جائزي التصرف*** [1]) لا كالصبي أو عبد غير مأذونين كسائر العقود، ويكون العقد (***على مال من أيهما إلا من مسلم لكافر*** [2]) قال المصنف: لأن العامل وكيل فربما تصرف تصرفاً لا يسوغ للمسلم كالتجارة في الخمر والخنزير ونحوهما من الربا وإن حجر لم يؤمن إذ لا عدالة.

(أ) **فصل وشروطها:** قوله: على عادة المصنف.. [إلخ][3]، أقول: وكأنه لذلك عدل الأثمار إلى قوله هي عقد بين جائزي التصرف [بإيجاب][3].

---

(١) وأما كونها بين جائزي التصرف فلا بد منه ، ذلك لأن من لا يجوز تصرفه لاحكم لصدور الرضا منه . " السيل الجرار " (٢ / ٧٨٥ – ٧٨٦) .

(٢) أما قوله " على مال من أيهما " فمستغنى عنه لأن مفهوم المضاربة ومعناها لايوجد إلا بذلك ، وأما كون المال معلوماً فلا بد منه ، وإلا كانت جهالته ذريعة إلى اختلاط رأس المال بالربح ، فتكون معاملة مختلة ، وإذا كانت المضاربة في عروض فلا بد من أن يتميز ماهو قيمة لها حتى يعلما أن الزائد عليه ربح ولاوجه لاشتراط كون رأس مالهما مما يتعامل به الناس فإنها تصح في كل شيء يقع فيه البيع والشراء ، لأنها بيع منظور فيه إلى الربح مع بقاء رأس المال ولا يشترط حضور المال إذا كان معلوماً عندهما وأما تفصيل كيفية الربح فأمر لابد منه ، لأن ذلك هو الغرض من هذا المعاملة قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٨٦) .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

قلت(أ): قد تقدم جواز معاملة الظالم مع تجويز حرمة ما في يده، ولما يستلزم أيضاً من منع مضاربة الفاسق لمشاركته الكافر في عدم العدالة الذي هو مظنة التلوث بالحرام، وأما اشتراط مال (**معلوم**) قدره فإن أراد(ب) وجوب كونه معلوماً حال العقد فـوهم لأن

(أ) **قوله:** قلت: قد تقدم أنه يجوز معاملة الظالم، أقول: وفي "المنار"(1) على قول المصنف إذ قد يتصرف بما لا يحل للمسلم، هذا لا يكفي في منع صحتها، لأنه إذا فعل ذلك صار مخالفاً كسائر المخالفـات الجائزة على المسلمين، فلو كان تجويز المخالفة مانعاً امتنعت المضاربة.

نعم منع معاملة لكافر ورع محمود، انتهى.

وعدل في شرح "الأثمار" عن قوله إذ لا عدالة إلى قوله أن الكافر يستحل ما لا يستحله المسلم بخلاف الفاسق فإنه لا يستحل ما لا يستحله المؤمن فيحمل على أنه لا يرتكب محظـوراً في دينـه كالربـا، انتهى.

قلت: وفيه تأمل إذ مناط أنه لا يرتكب محظورا العدالة فإذا انتفت انتفت المظنة، قال وقد حكي عن الشافعي(2) أن الشركة تصح بين المسلم والذمي وتكره، ولعل خلافه يأتي هنا، وقد زاد "الأثمار" في شرائط الصحة أن لا يكون المال يسيراً لا يمكن التصرف فيه أو كثيراً لا يقدر العامل على التصرف فيه ويحجره عن الاستنابة، وكذا لو قال: لا يتجر إلا في الصين وكانت المضاربة يسـيرة لا يمكـن العمل بعد بلوغ الصين، فإن هذه المضاربة ونحوها لا تصح وفي "الغيث" وكذا لو تضـمنت أمـراً محظوراً [٥٩٤/٣] فإنها لا تصح.

(ب) **قوله:** فإن أراد وجوب كونه معلوماً إلى آخر الترديد، أقول: حذف في الفتح قيد معلـوم وزاد [بعد] (3)قيد محصوراً ويعطيه عرضاً ليبيعه ويكون ثمنه لها، انتهى. وكأنه لذلك الذي ذكره الشارح حذف وزاد، أما الأثمار فأتى بقيد معلوم وزاد وفي حكمها فجعل ضمير حكمها للنقـد والحضـور والمعلوم ويأتي كلامه.

---

(1) (٢ / ١١٤) .

(2) " البيان " للعمراني (٦ / ٣٦٢) .

(3) زيادة من نسخة أخرى .

المذهب صحة دفع العروض إلى العامل لبيعها، ويجعل ثمنها رأس مال للمضاربة كما سيأتي، وثمنها غير معلوم حال العقد، وإن أراد وجوب علمها له ولو من بعد ليمكن رد مثله عند العزل، فالحاجة إنما هي إلى علم العامل وتصرفه لا ينفك عن علم مقدار ما تصرف فيه وهو أمين كما عرفت، ولولا الحاجة إلى معرفة قدر ما يرده عند العزل لما اشترط في الأمانة معرفة قدرها.

وأما منع المضاربة بغير (**نقد يتعامل به**) فخالف فيه القاسم[1] وابن أبي ليلي[2] والأوزاعي مثلياً كان أو قيمياً، وكذا عن مالك[3] إلا الطعام كما تقدم في المحاقلة، وقال الشافعي يصح في المثلي فقط، لنا[أ] أن عقدها غير لازم فيجوز أن يرد ولما يحصل فيه غير

(أ) **قوله:** لنا، أقول: هو استدلال على جميع أنواع غير النقدين منقول من "البحر"[4] بتصرف في العبارة وبسط بيان ذلك "المنار"[5] حيث قال: مثاله ضارب بوسق وسعره أربعة دنانير فباعه بستة فالربح ديناران، ثم غلا السعر وطلب المالك رأس ماله فاشترط له وسقاً بستة فاستبدل المالك بالربع فلو رخص فاشترى له وسقاً بثلاثة أخذ العامل من رأس المال ديناراً، وهذا معارض بما لو أعطاه أربعة دنانير فاشترى بها سلعة، ثم غلت حتى صار سعرها ستة ثم رخصت إلى أربعة دنانير وتفاسخا فقد استبد بالربح وإن بلغ الرخص ثلاثة شارك العامل المالك في رأس المال إذ لم يصر إلى المالك إلا بعض رأس ماله، وهو السلعة إذ يسلم له رأس مالها الحاصل ولو غير المعقود عليه، ثم أن النقود يعرض لها الغلاء والرخص ويعرف ذلك بمقابلة أحد النقدين بالآخر وبمقابلة السلع أيضاً حيث اختلف ثمن السلع بأحد النقدين دون الآخر.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨١) .

(٢) انظر : " بدائع الصنائع " (٦ /٨٢) " روضة الطالبين " (٥ / ١٢٠) .

(٣) " عيون المجالس " (٤ / ١٧٨٥) .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٨١) .

(٥) (٢ / ١١٣) .

تغيير القيمة، فإن كانت زادت استبد بها المالك، وإن كانت نقصت رد العامل مال المضاربة ناقصاً، وكلا الأمرين خلاف موجب المضاربة.

وأجيب بأن القيمة ليست جزء من المثلى وأما القيمي فالواجب رد ثمنه إذ هو رأس المال في الحقيقة لأنها تصح على نقد[أ] (*حاضر أو في حكمه*) من عروض يؤمر العامل ببيعه وجعل ثمنه رأس مال المضاربة [٣/٥٩٤].

(*و*) لا بد من (*تفصيل كيفية الربح*) كنصفين أو ثلاثاً أو نحو ذلك أو الإحالة على ما يمكن معرفته من بعد كعادة عامة أو خاصة .

وهذه في التحقيق مغلطة لأنه إنما يتصور لهم اللازم المذكور مع كون النظر إلى رأس المال وحفظه وتوفيره عند الرد ولا عبرة بما توسط من ارتفاع الأثمان وانخفاضها إذ لا يتحقق ربح ولا خسران إلا بعد توفير رأس المال إلى أن قال فإذا اضمحلت هذه الشبهة تبين أنها تصح المضاربة في كل شيء، انتهى. وبه تعرف معنى قول الشارح أن القيمة ليست جزءاً من المثلي يريد أن الواجب رد المثلي وترك القيمة التي تفاضلت زيادة ونقصاناً ليست جزءاً منها فلا يضر ما عرض لها.

(أ) **قوله:** على نقد حاضر أو في حكمه، أقول: عبارة الأثمار معلوم على تقدير حاضر أو في حكمه، قال في الوابل: ما حاصله أي في حكم المعلوم أو حكم النقد أو حكم الحاضر. فالذي في حكم المعلوم حال العقد كأن يعقد على دراهم ونحوها غير معلومة حال العقد تفصيلاً، بل معلومة جملة فإن هذا يصح إذ لا يشترط العلم حال العقد تفصيلاً، بل يكفي معرفته جملة ويعرف تفصيله قبل التصرف.

قلت: وهذه هي الصورة التي اعترض بها الشارح إطلاق المعلوم ولك أن تقول أراد المصنف معلوم حال العقد جملة أو تفصيلاً على منع الخلو لا الجمع لولا أنه يأباه قول المصنف في الغيث معلوم مفصلاً، ثم قال: والذي في حكم النقد الدراهم المغشوشة إذا كان الغش فيها يتعامل به، وأراد بحكم الحضور أن يعقد المضاربة ثم يعطيه عرضاً يأمره ببيعه ثم يجعل منه مالها ولو تراخى ذلك عن المجلس فإن ذلك يصح عند أهل المذهب.

(***و***) لا بد من (***رفض كل شرط***) أي تركه إذا كان (***يخالف موجبها***) الذي هو إيثار تكميل رأس المال بما حصل من ربح واختصاص العامل بالنظر في بيع السلع وعدم اشتراط استبداد أحدهما بشيء معين لجواز أن لا يحصل ربح غيره، فإذا أخذه أحدهما بالشرط ارتفع موجبها من التشارك في الربح فلو شرط أحدهما ما ينافي أحد هذه الثلاثة بطلت.

فصل

(***ويدخلها التعليق***) بما لا يخالف موجبها نحو إذا جاء رأس الشهر فقد ضاربتك في هذه المائة (***والتوقيت***) نحو ضاربتك سنة، وقال الإمام يحيى[1] التوقيت ينافي موجبها لجواز أن تنقضي المدة والمال عرض يجوز الربح فيه.

وقال المصنف: التوقيت لا يقتضي منع البيع بعد المدة.

قلت: لكنه يستلزم أن يكون[أ] التوقيت لغوا فلا يصح القول بأنه يدخلها

(أ) **فصل ويدخلها التعليق:** قوله: أن يكون التوقيت لغوا، أقول: المصنف يقول إن التوقيت لا يقتضى منع البيع لما لديه من سلع المضاربة ومنع الشراء، فلا يكون لغواً لأنه منع الشراء، وعبارة "البحر"[2] هكذا فيدخلها التعليق والتوقيت كالوكالة كقارضتك سنة فإذا انقضت فلا شراء فإذا قال: ولا تبع فَسَدَتْ إذ خالف موجبها، فإذا أطلق التوقيت فسدت في أقوى الوجهين، إذ يقتضى منعه عند انتهائها.

قلت: الأقوى صحتها، انتهى. فكأن الشارح نقله بالمعنى أو نقله من محل آخر.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨١) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٨١) .

(**والحجر**)[أ] للعامل (***عما شاء المالك***) من العمل وأمكنته وأزمنته ومتعلقات الشراء.

(أ) **قال:** والحجر عما شاء المالك، أقول: أصله ما رواه الدارقطني[1] وابن عدي[2] عن ابن عباس قال: كان العباس إذا دفع ماله مضاربة اشترط على عامله ألا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأجازه، إلا أن في سنده أبا الجارود الكوفي واسمه زياد بن المنذر،قال ابن معين[3] كان كذاباً عدواً للّهِ ليس يساوي فلساً روى له الترمذي حديث" من أطعم مؤمناً على جوع " وإليه نسبت الطائفة الجارودية لكنه روى مالك[4] عن زيد بن أسلم عن عبدالله بن عمر أنه لما انصرف هو وأخوه عبيدالله إلى غزوة نهاوند اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري فقال لهما: إني أريد أن أصلكما بشيء وليس عندي ما أصلكما به سوى مائة ألف من بيت المال فاتجرا فيها ثم سلما المال إلى أمير المؤمنين بالمدينة والربح لكما فأخذا المال واشتريا به من متاع العراق فربحا بالمدينة ربحاً كثيراً ثم أخبرا عمر بذلك فقال: أو أعطى كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما،قالا: لا،فقال: إنما أعطاكما لمكاني فأديا[المال و][5]الربح والمال إلى بيت المال فسكت عبدالله ولم يراجع[أباه بشيء][5]

---

(١) في " السنن " (٣ / ٦٣ رقم ٢٤٢) بإسناد صحيح من حديث حكيم بن حزام .

وأثر ابن عباس أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ١١١) عن أبيه العباس بسند ضعيف .

وقال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢٨) وأما حديث ابن عباس فلم أره عنه ، نعم رواه البيهقي في " السنن الكبرى " عن أبيه العباس بسند ضعيف .

قلت : وأخرجه الطبراني في " المعجم الأوسط " رقم (٧٦٠) .

وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ١٦١) وقال : وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب .

(٢) في " الكامل " (٣ / ١٠٤٧) . (٣) ذكره الذهبي في " الميزان " (٢ / ٩٣ – ٩٤ رقم ٢٩٦٥) .

(٤) في " الموطأ " (٢ / ٦٨٧ – ٦٨١ رقم ١) موقوف بسند صحيح .

قلت : وأخرجه الشافعي في " المسند " (ج ٢ رقم ٥٩٤ – ترتيب) والدارقطني (٣ / ٦٣ رقم ٢٤١) وقال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٢٧) إسناده صحيح .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو حجره عن البيع لسلع المضاربة مطلقاً أو على وجه[أ] مخصوص، فإن ذلك لا يصح لأن بيع السلع مما يوجبه عقدها عليه، فلو حجره المالك رفع موجب العقد (**فيمتثل العامل**) الحجر عما صح حجره عنه (**وإلا ضمن التالف**) ولم ينعزل مع السلامة إلا في صفقة شراء شيء نهي عنه لا لغرض الحفظ.

(**و**) المضاربة إذا أطلقت عن القيود والشروط على العامل كان (**له في مطلقها**[ب] **كل تصرف إلا الخلط**) لما لها بمال الغير لأنه يستلزم إيجاب حق للغير على

وقال عبيد الله: أرأيت لو تلف هذا المال كان من ضماننا، قال: نعم، قال: فالربح لنا إذاً، فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيدالله فقال عبد الرحمن بن عوف يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ففعل وأخذ منهما المال ونصف ربحه.

فإن قيل كان المال قرضاً فكيف جعله قراضاً فالجواب أنه استطاب قلوبهما في نصف الربح وللإمام ذلك إذا رأى مصلحة كما فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم في سبي هوازن وحمله على ذلك ما فهمه من أن قصد أمير العراق إرفاقهما لكونهما ابني أمير المؤمنين وقصد مصلحة بيت المال.

(أ) **قوله:** أو على وجه مخصوص، أقول: كأن يقول لا تبع إلا من فلان ولا تشتر إلا منه فسدت كما في "البحر"[1]، قال عليه "المنار"[2] المنع من بعض الأماكن أو بعض الأحوال لا ينبغي أن يشك في صحته، وإذا كان كذلك فلا فرق بين القليل والكثير، وقولهم مقتضاها إطلاق التصرف ممنوع بل مقتضاها الإذن في التصرف في الجملة بحيث لا يمتنع حصول الربح في الجملة.

(ب) **قوله:** في مطلقها،أقول: حوله الأثمار إلى قوله فيها،قال الوابل إنما لم يقل مطلقها كما في "الأزهار"[3]لأن المراد العموم لا أن المراد المضاربة المطلقة من دون تقييد، فالمطلقة يثبت فيها كل تصرف غالباً، والمقيدة كذلك وحسب التقييد فيصح حينئذ الاستثناء بلفظ: "غالباً" فيدخل فيها ما

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨٦) .

(٢) (٢ / ١١٥) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٦٧) .

المالك وهو وجوب انتظاره الشريك للقسمة وذلك خلاف وضعها (**والمضاربة**) لغيره في مالها لأن المضاربة وكالة كما عرفت .

والوكيل لا يصح منه التوكيل إلا مفوضاً كما سيأتي في بابه (**والقرض**) أي الإقراض من مالها لأن موضوعها على طلب الربح العاجل بالتصرف والقرض ليس كذلك.

(**و**) أما (**السفتجة**[1]) فإن أراد أن العامل لا يأخذ السفتجة فذلك راجع إلى الإقراض أو نحوه فلا حاجة إلى ذكر السفتجة وإن أراد أنه لا يعطي سفتجة فوهم لأن له الاستقراض لها (**فإن فوض**) العامل (**جاز**) له (**الأولان** [2]) الخلط والمضاربة (**و**) قال الشافعي التفويض لا يسوغ الخلط لما مر من كونه منافياً لوضعها، وكذا قال أصحابه في المضاربة لما مر أو لأنه إذا ضارب بدون ما ضورب به أخذ جزءاً من الربح بلا عمل.

قلنا: (**إن شارك الثماني في الربح**) فقد عمل العقد الثاني معه وذلك عمل (**لا**) أنه يجوز (**الآخران**) وهما القرض والسفتجة لأنهما من خلاف وضعها وموجبها وهو طلب الربح وإما قوله (**إلا لعرف**) أو تصريح بالإذن بهما فينبني على أن ما خالف موجبها لا يوجب فسادها وذلك هدم لكثير من أحكامها.

ذكر، انتهى. فإن "غالباً" احتراز عن الثلاثة المذكورة في الأزهار بالاستثناء وهي عامة في مطلقة ومقيدة.

---

(١) السُّفتجة : كقرطقة : أن يعطي مالاً لأخر ، وللآخر مال في بلد المعطي ، فيوفيه إياه ثم فيستفيد أمن الطريق .
" القاموس المحيط " (ص ٢٤٧) .

(٢) وأما قوله : فإن فوض جاز الأولان ... إلخ " فلا يخفى أن التفويض إنما ينصرف إلى ما فيه مصلحة تعود على المال وصاحبه فليس له أن يفعل ما لا مصلحة فيه أو مافيه مظنة مفسدة وتفويض العاقل لاينصرف إلى مافيه ضرر أصلاً فطلب النفع مقصود مع التفويض لأنه الغرض الذي تقتضيه هذه المعاملة ويوجبه العقل .
" السيل الجرار " (٢ / ٧٨٧) .

فصل

(**ومؤن المال كلها من ربحه ثم**) إذا لم يكن ربح فهي (**من رأسه**) لأنها وكالة لا إجارة (**وكذلك مؤن العامل وخادمه المعتادة في السفر فقط**) خلافاً للمزني وقول للشافعي [1] إلا أن يشترطها[أ] العامل، قلنا كأجرة الحمال والسفن، قالوا جعلتموها وكالة، ولا يجوز استنفاق الوكيل من مال الموكل إلا بشرط فتنقلب الوكالة إجارة، وإنما يستحق العامل مؤنه وخادمه (**مهما اشتغل بها**) أي مدة اشتغاله (**بها**) ولو قال كذلك لكان الصواب لأن لفظ مهما ناب في هذا الموضع .

(**و**) لا بد أيضاً من كونه (**لم يُجوز استغراق الربح**) لأنه [٣/٥٩٥] يذهب بثمرتها وفيه نظر، لأن قياس مؤن العامل على أجرة الحمال والسفن ونحوها، يوجب جواز أخذها من رأس المال فضلاً عن أرباحها فإن عدم الخسر ليس من شروطها ولا موجباتها، وإنما يتمشى ذلك على قول المزني والشافعي (**وفي**) أخذ العامل مؤنه وخادمه منها حال (**مرضه ونحوه**) حبسه (**تردد**) المختار إنه أن عرض له العارض بسبب خروجه لعملها استنفق منها وإلا فلا (**فإن أنفق**) من نفس ماله (**بنية الرجوع** [2]) على مال المضاربة (**ثم تلف المال**) الذي للمضاربة (**بين وغرم المالك**) مع التلف

(أ) **فصل:** ومؤن المال كلها، قوله: لا أن يشترطها العامل، أقول: في الإمداد أنه إن شرط العامل نفقة نفسه في عقد القراض من مالها فسد، لأن ذلك يخالف مقتضاه انتهى. وبه تعرف عدم صحة استثناء الشارح للشافعي[3] إلا أن يريد ويفسد بالاشتراط عقد القراض، وعلل في الإمداد المنع لإنفاقه نفسه من مالها بأن له نصيباً من الربح فلا يستحق شيئاً آخر [٣/٥٩٥].

---

(١) " البيان " (٧ / ٢٠٧) .

(٢) فلا بد من إذن المالك له بذلك ، وإلا فلا وجه للرجوع إلا أن تقتضي ذلك الحادثة وتوجبه الضرورة .

(٣) انظر : " البيان " (٧ / ٢١١) .

(**وصدقه مع البقاء**) وقال[أ] الشافعي: هو مصدق مع البقاء والتلف في قدر نفقة المثل، قلنا: إنما يكون أميناً على مال المضاربة وبعد تلفه لا أمانة.

وأجيب بأنه حال النفقة أمين إذ الفرض أن المال لم يتلف إلا بعدها (**ولا ينفرد** [1]) العامل (**بأخذ حصته**) من الربح بناء على أن ذلك يكون فسخاً ولا يصح له الفسخ إلا في وجه شريكه لأنه كالوكيل، وأما المالك فينفرد بأخذ نصيبه لأن ذلك لا يكون عزلاً للوكيل والحق أن أحكام الربح أحكام المشترك، وسيأتي في القسمة إن شاء الله تعالى تحقيقه.

(أ) **قوله**: وقال الشافعي: هو مصدق مع البقاء، أقول: مثل هذا في "الغيث" إلا أنه سبق عن الإمداد أن الشافعي[2] يمنع إنفاقه على نفسه من مال المضاربة فينظر في صحة هذا.

---

(١) فلا وجه له لأن هذه المعاملة بينهما قد اقتضت بأن لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه إلا لشرط .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٨٨) .

(٢) قال القاضي العمراني في " البيان " (٧ / ٢١١) :

وإذا قارضه على مال ؛ ليتجر به في الحضر .. فقد ذكرنا : أنه يتولى بنفسه ما جرت العادة أن يتولاه العامل بنفسه ، ولا يستحق لذلك عوضاً ، وليس عليه أن يتولى من الأعمال مالم تجر عادة العامل أن يتولاه بنفسه ، مثل : النداء على المتاع ، وحمله إلى الخانات ، وله أن يستأجر من يعمل ذلك من مال القراض .

ولا يستحق أن ينفق على نفسه من مال القراض ، ولا يكتسي منه بلا خلاف ؛ لأنه إنما يستحق الجزء المشروط له من الربح دون غيره .

(**و**) حصته من الربح (**يملكها**[أ] **بالظهور** [١]) أي بظهور الربح (**فيتبعها أحكام الملك و**) قال المؤيد بالله والشافعي (**إنما**) يملك بما به (**يستقر**) ملكها وليس إلا (**بالقسمة**) بدليل قولكم (**فلو خسر قبلها**) أي قبل القسمة (**وبعد التصرف**) بالعمل في مال المضاربة (**أثر الجبر**) للتالف بما حصل من الربح بخلاف ما لو تلف بعض المال قبل التصرف ثم ربح في بقيته فلا جبر عليه وكذا لو خسر بعد القسمة (**وإن**) جهل الخسر و (**انكشف بعدها**) أنه كان من قبل فكذلك يجب الجبر ويرد كل منهما ما يجبر رأس المال.

(أ) **قال:** ويملكها بالظهور [إلخ][٢]، أقول: أهمل الشارح الاستدلال للقولين، وفي شرح المنهاج أنه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال، ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك، قال: وإلى أنها لا تملك إلا بالقسمة ذهب مالك والمزني وقال أبو حنيفة تملك بالظهور قياساً على المساقاة وعملاً بالشرط، فإن مدلوله اشتراكهما في الربح بمجرد حصوله، انتهى.

ثم قال: فعلى القول بملكه بالقسمة لا بالظهور له فيه حق مؤكد فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء ويغرم له المالك بإتلافه المال واسترداده، وعلى القول الآخر لا يتصرف منه لعدم استقراره، وللمالك فيه حق الوفاء به فإذا فسخ القراض وقضى رأس المال واقتسما استقر وخرج عن كونه وكالة .

قلت: ومن ههنا قال القائل يملكها بالظهور إذ أول القراض وكالة وآخره شركة، وقال القائل إنه إن ما يملكه بالقسمة أوله وكالة وآخره جعالة.

---

(١) وأما قوله : " ويملكها بالظهور " فغير مسلم فإن مجرد الظهور مع عدم القبض معرض للذهاب بخسر أو بأي سبب من أسباب التلف فكيف تتعلق بهذا الربح – الذي لم يحصل منه إلا مجرد الظهور – أحكام الملك من وجوب الزكاة وقضاء الدين منه ونحو ذلك مع وجود مقتضى الرجاء وعدمه ومظنة سلامته وتلفه .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢/ ٧٨٨) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

فصل

(*وللمالك شراء سلع المضاربة*) منه وقال المؤيد والإمام[1] يحيى والشافعي[2] ملك[أ] التصرف لا يستلزم الصحة كالشراء من الوكيل لأنه يشتري ماله بماله، وإن جاز استحساناً كالشراء من مكاتبه.

قلت: ينبغي أن يكون الخلاف هنا مبنياً على الخلاف في تعلق الحقوق بالوكيل وعدمه كما سيأتي، فمن أثبته كما هو المذهب لزمه صحة شراء المالك من الوكيل والمضارب، ومن منعه كالمؤيد[3] والشافعي[4] لم يجوز ذلك لتأدية ذلك إلى كونه طالباً مطلوباً وهو مانع خيالي [وقد][5] قدمنا لك صحته بالاعتبارين (*وإن فقد الربح*)

فصل وللمالك شراء [6] سلع المضاربة

(أ) **قوله:** ملك التصرف لا يستلزم الصحة، أقول: أشار بقوله ملك التصرف إلى دليل المسألة للمذهب عند المصنف فإنه استدل لها بملكه التصرف دون الملك، وقوله: وإن جاز استحساناً هو في "البحر"[7] قال عليه شارحه ليس في الانتصار في هذا الموضع الاستحسان ولا من أصله إثباته.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٨٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٧ / ٢٠٨ – ٢٠٩) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٨٦) .

(٤) " البيان " للعمراني (٦ / ٤٠٦) .

(٥) زيادة من نسخة أخرى .

(٦) " شرح الأزهار " (٧ / ٣٨٥) .

(٧) " البحر الزخار " (٤ / ٨٨) .

وقيل[أ] لا يصح مع فقد الربح إجماعاً، وهو جزاف مبني على تخيل كونه شراء ماله بماله أو كونه طالباً مطلوباً ممتنعين.

وقد عرفت أنه لا امتناع كما في الشراء من مكاتبه وجواز طالب مطلوب باعتبارين، ولأنه إذا صح في مال المالك مع الربح فليصح مع عدمه، لأن وجود الربح طرد في تأثير التصحيح بشراء ملك نفسه (**و**) كما يجوز للمالك شراء سلع المضاربة من العامل يجوز له (***البيع***) لسلع المضاربة (**منه**) لما سيأتي من صحة تصرف المالك مع العامل إعانة له بإذنه، إلا أن بيعه لها منه لا يصح إلا (***إن فقد***) الربح فيها إذ لو كان فيها ربح لكان العامل قد ملك حصته منه بالظهور فكان المالك قد باع ما لا يملك التصرف فيه، إلا أنه لا وجه لتقييد صحة بيع المالك من العامل بفقدان الربح لأنه يصح مع [تجويز][1] الربح أيضاً في غير نصيب [٥٩٦/٣] العامل على أنه لا يمتنع أن يكون دخول العامل مع المالك في عقد البيع إجازة منه لبيعه نصيبه فلا يكون هناك مانع إلا شراء العامل ملكه بملكه كما في المسألة الأولى، وأما على أصل المؤيد[2] في أن العامل لا يملك نصيبه إلا بالقسمة فلا مانع هناك بالأصالة (**لا**) أنه يجوز للمالك بيع سلع المضاربة (**من غيره**) أي من غير العامل إلا بإذنه لأن ذلك عزل له، وفيه نظر، لأنه إنما يكون عزلاً حيث لا يجوز[ب] الربح في العروض.

(أ) **قوله**: وقيل لا يصح، أقول: قاله أبو جعفر وفي "الغيث" عن شرح الإبانة والكافي أنه لم يجز هذا يعني البيع منه مع عدم الربح إلا أبو العباس قال: وهو خطأ مخالف للإجماع لأن الاستحسان إنما هو حصول الربح، وأما مع عدمه فلا، والمسألة إنما يقضي بها الاستحسان [٥٩٦/٣].

(ب) **قوله**: بحيث لا يجوز فيه الربح، أقول: هذا يوافق عبارة المصنف الآتية آخر الفصل، وقد حولها

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٣٩٠) .

وأما قوله: (**فيهما**) أي في البيع والشراء فلا حاجة إليه، لأن غيره إن كان وكيلاً للعامل فالشراء من وكيله كالشراء منه، وإن كان فضولياً وجب أن يكون الشراء منه موقوفاً على إجازة العامل .

(**و**) المضاربة يجوز (**الزيادة**[1] **المعلومة على مالها ما لم يكن**) مالها (**قد زاد أو نقص**) قالوا: لتأدية ذلك إلى جبر خسر كل واحد من الزيادة والمزيد من ربح الآخر، لكن هذه العلة إنما تتم بالنقص لا في الزيادة لأن الزيادة والمزيد عليه يصيران مالاً واحداً لا خسر فيه حالها.

(**و**) للمالك (**الإذن**) للعامل (**باقتراض**) قدر (**معلوم**) لأنه لو كان مجهولاً كانت باطلة، فيكون ربحه وخسره للعامل وعليه وقد نبهناك فيما تقدم أن الشرط إنما هو علم العامل بقدر مالها لا علم المالك فتكون صحيحة مع جهله .

(**لها**) أي بكون زيادة على مالها بالشرط المتقدم من عدم زيادته ولا نقصانه، أما لو كان المراد الاقتراض للنفقة عليها فلا يشترط ذلك (**ولا يدخل في مالها**) من

"الأثمار" إلى قوله والمال يجوز فيه الربح، قال في الوابل إنما حذفه لأنه قد يكون غير عرض ولا يكره له عزله كأن يكون نقداً من غير جنس المال المضارب عليه أو على صفته فإنه ليس له عزله مع تجويز الربح فيه، انتهى. والشارح أتى بعبارة المصنف ولم يتنبه لما ذكر.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٨٩) فلا بأس بذلك ولا وجه لتقييده بقوله ما لم يكن قد زاد أو نقص فإن الزيادة المعلومة لا تمنع منها زيادة الأصل أو نقصانه ، وتعليلهم ذلك بأنه يؤدي إلى خبر خسر كل واحد منهما بربح الآخر تعليل في غاية السقوط ، فإن المال واحد والمالك واحد والعامل واحد والزيادة لهما والخسر عليهما ، وأما إذن المالك للعامل باقتراض مال معلوم فلا مانع منه .

السلع (**إلا ما اشترى بعد عقدها**) ديناً (**بنيتها أو**) نقداً (**بمالها ولو**[أ] **بلا نية و**) العقد في مال المضاربة بيعاً أو شراء (**لا تلحقه الزيادة والنقص بعد العقد**) بل ما فعله العامل من الأمرين فهو في خاصة ماله لأنه تبرع بحق الغير وينبغي أن يقيد ما تقدم في البيع بغير عامل المضاربة ومثله الوكيل لأن المضاربة نوع من الوكالة على أنا نبهناك فيما تقدم على ما في ذلك من نظر .

وأما قوله (**إلا لمصلحة**) فاستثناء منقطع لأن ما قابلته مصلحة ليس زيادة بل معاوضة (**و**) العامل (**لا ينعزل بالغبن المعتاد**) ولا بالفاحش إلا في صفقته فقط فيغرم للمالك ما زاد على الغبن المعتاد، فعلى هذا لو تكرر عليه الغبن المعتاد حتى انتهى إلى قدر الفاحش لزمه غرم ما زاد على المعتاد (**و**) لا ينعزل أيضاً إذا صدر منه (**شراء**[1] **من يعتق على المالك**) لأنه إذا كان في حكم المحجور عنه من حيث أن موضوعها طلب الربح وهذا خسر كأن عقد الشراء للمضاربة كلا عقد بخلاف الوكالة فليس موضوعها طلب الربح، وقيل بل يصح الشراء ويضمن العامل الموسر وإلا سعي العبد

(أ) **قال:** ولو بلا نيَّة، أقول: حذف الأثمار "ولو" عادلاً إلى قوله بلا نية، قال الوابل: حذفه لأن عبارة "الأزهار" توهم أن ما اشترى بمالها فلها مطلقاً وليس كذلك، بل لو نواه لنفسه كان لها ويكون عاصياً، انتهى.

قلت: إلا أنه قد فات الأثمار لو نواه للمضاربة لأنه شرط فقد النية إلا أنه يقال: إنه للعلم أنه لها لا يبالي بالوهم لقوة ما يدفعه لأنه إذا كان لها مع فقد النية كان لها معها بالأولى **[٣/٥٩٧]**.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٠) : وأما قوله : " وشراء من يعتق عليه " فقد عرفناك أن المال باق على ملك المالك ، فلا بد أن يأذن بذلك المالك وإلا فلا ينفذ الشراء لأنه خسر محض بغير إذن ، فلا وجه لعتق من يعتق على العامل إلا أن يكون قد ملك جزءاً من مال شراء العتق وضمن ، وهكذا لا ينفذ شراء من ينفسخ نكاحه إلا بإذن من المالك .

وانظر تفصيل ذلك في " البيان " للعمراني (٧ / ٢٠٩ - ٢١٠) .

سواء عتق على المالك (**أو عليه**) إذا كان هناك ربح سواء ظهر الربح حال العقد أو بعده، إلا أنهم قالوا ظهوره بعده لا يوجب ضمان العامل وإنما يوجب سعاية العبد وفيه نظر، لأن العاقد مسبب ولا مباشر هنا فيضمن أيضاً (**أو**) صدر من العامل شراء من (**ينفسخ نكاحه**) على المالك أو عليه لم ينعزل بل يكون الحكم حكم من يعتق على أحدهما.

(**و**) لا ينعزل أيضاً إذا صدرت منه (**المخالفة في**) أمر أمره به لطلب (**الحفظ**) كترك السفر والنسية والمكان المخوف ونحو ذلك، أما لو خالف في أمر ليس الغرض من نهيه طلب الحفظ بل مجرد المنع من التصرف فيه، فإنه ينعزل في تلك الصفقة فقط [٥٩٧/٣] ثم مفهوم قوله: (**إن سلم** [١]) يقضي أنه ينعزل مع تلف المال، ولا معنى للانعزال حينئذ وإنما الواجب هو الضمان كما تقدم (**و**) لا ينعزل العامل بوقوع (**إعانة المالك له في العمل**) بإذنه أما بغير إذنه فينعزل (**ولا**) ينعزل (**بعزله والمال عرض يجوز الربح فيه**[٢]) بل يمهل إلى وقت مظنة الربح المعتاد كموسم غلاء ذلك العرض كأن يشيط حب الصراب أو نحو ذلك.

....

---

(١) فلكون تلك المخالفة لم يظهر لها أثر وقد عرفناك أنه يعزله متى شاء فذكر هذه الأمور مبني على لزوم ما وقع بينهما عند الدخول في هذه المعاملة ، وهكذا لا ينعزل بإعانة المالك له في العمل .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٩٠) .

(٢) فلا وجه له بل له عزله ويأخذ نصيبه من الربح إذا كان قد ظهر وإن لم يكن قد ظهر وليس إلا مجرد التجويز فلا يلزم للعامل شيء .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٩٠) .

فصل

(**_فصل وفسادهما الأصلي_** [1]) قد عرفناك أن الفساد إنما ينشأ من فوات شرط أو ركن، وكأن المصنف أراد أن الأصلي هو الناشئ من فوات[أ] شرط أو ركن حال العقد فإنه (**يوجب**) للعامل (**_أجرة المثل_**) من عمال المضاربة وحينئذ لا معنى لقوله: (**_مطلقاً_**) لأنه إن أراد به استحقاقها وإن لم يكن هنالك ربح فهذا غير معتاد[ب] في

فصل وفسادها

(أ) **قوله:** من فوات، أقول: نحو أن يشترط صاحب المال أو العامل قدراً من الربح لنفسه.

(ب) **قوله:** غير معتاد في مال المضاربة، أقول: الأصل في المنافع أن لا تستهلك إلا بعوض وهذا قد عمل في مال المضاربة عملاً يستحق معه عوضاً لو كان غير مضارب فيستحقه مع المضاربة إذ ليست مانعاً عن اقتضاء ذلك الأصل، وأقرب ما يقدر له أجرة مثله، وفي "نهاية المجتهد"[2] ذكر اختلافاً كثيراً في ذلك وتفاصيل يطول سردها في هذه التعليقة لا سيما ولم يرجع إلى دليل نقلي إلا أنه لم يفرق بين الفساد الطارئ والأصلي .

---

(١) قوله : فصل " وفسادها الأصلي .. إلخ " .

أقول : فقد عرفناك غير مرة أن حكم هؤلاء على المعاملات بالفساد يرجع إلى فوات أمور لفظية لا تقتضي خلل المعاملات قط ولا يتعلق بها حكم ، فإذا حصل التراضي بين صاحب المال والعامل على أن يتصرف بماله على نصيب من الربح معلوم فهذه مضاربة صحيحة ، وإذا لم يحصل هذا فهي باطلة وجودها كعدمها ولا وجه لجعل أمر ثالث بين الصحة والبطلان ، وإثبات أحكام له مخالفة للأحكام الكائنة في جانبي الصحة والبطلان ، وقد عرفناك أيضاً أن لصاحب المال عزل العامل متى شاء ، فإذا عزله استحق ما سماه له من الربح إذا كان قد حصل الربح ، وإذا لم يحصل بل هو باق في أعيان المضاربة كان للعامل ما يقدره العدول من الربح فإذا قدروا جملة الربح سلم له صاحب المال نصيبه .. هكذا ينبغي أن يقال ، وإذا اختار العامل الترك فالأمر هكذا ، وأما ماذكره من الضمان فقد قدمنا الكلام عليه في الفصل الذي عقده لمن يضمن ومن لايضمن في آخر كتاب الإجارات .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩١) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٥٨ – ٤٥٩) .

المضاربة فلا مثل له فيها، وأما تشبيه العمل بمقدمات الإجارة الفاسدة فقد قدمنا لك ما عليه وعرفناك أن المضاربة كالمخابرة لا يلزم رب المال شيء للعامل إلا من غلة المعمول فيه.

(**و**) أما فسادها (**الطارئ**) فينبغي أن يراد به ما حصل من اختلال ركن أو شرط بعد العقد فلا يكون تمثيلهم الطارئ بالمخالفة إلى التصرف في غير ما أمره بالتصرف فيه صحيحاً، لأنه وإن وجب الضمان فلا وجه لإيجابه الفساد لعدم التلازم بينهما وحينئذ لا يبقى وجه للفرق بين الأصلي والطارئ بأن الأصلي يوجب أجرة المثل والطارئ يوجب (**الأقل منها ومن المسمى**) لأنها قبل الفساد صحيحة يستحق بها المسمى وبعد الفساد يستحق أجرة المثل، إذ الفساد سبب واحد لا يختلف حكمه بالتقدم والتأخر، ولهذا قال الشافعي[1] ومحمد يستحق أجرة المثل فيهما ثم الاستحقاق إنما يكون (**مع الربح فقط**) وإلا فلا شيء لما عرفناك من كونها كالمخابرة.

(**و**) أما قوله إن الفساد الأصلي والطارئ (**يوجبان الضمان**) فمما لا وجه له إلا توهم كونهما يصيران العامل كالأجير المشترك، ولا جامع ولأن تضمين الأجير المشترك مخالف للقياس من حيث إنه تضمين للأمين رعاية لحفظ الأموال لا لفساد الإجارة، وإنما الضمانة عند ارتفاع الأمانة والفساد لا يوجب ارتفاعها، ولكن المصنف لما مثل الفساد الطارئ بالمخالفة جعله سبباً للضمانة وذلك وإن تم له في المخالفة لم يتم له في الفساد لغيرها (**إلا**) الضمان (**للخسر**) بغير غبن فاحش فإنه لا يتعلق به لأنه غالب.

....

---

(١) انظر : " البيان " للعمراني (٧ / ٢٢٠) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٣ / ٤٥٨ – ٤٥٩) .

فصل

(**وتبطل**) المضاربة (**ونحوها**) ومن الإيداع والإعارة والوكالة أو الشركة (**بموت**) (**المالك**) أو نحوه من اللحوق بدار الحرب أو الجنون (**فيسلم العامل**) إلى وارث المالك (**الحاصل من نقد أو عرض تيقن أن لا ربح فيه**) والتسليم يجب (**فوراً وإلا ضمن**[1]) لأنه بإمساك مال الوارث بغير إذنه صار[أ] غاصباً (**ولا يلزمه**) للوارث (**البيع**) للسلع التي لا ربح فيها .

فصل وتبطل ونحوها

(أ) **قوله:** صار غاصباً، أقول: عبارة "الغيث" لأنه يصير كالغاصب، وفي "البحر"[2] لأنه غير مأذون بالإمساك، قال عليه "المنار"[3] هذا لا يكفي في تضمينه لأنا نقول ليس له يد حقيقة وإنما هو كما ألقاه طائر أو ريح، وقد مضى في الإجارة مثل هذا، انتهى. وسيأتي مثله للشارح آخراً وقد استثنى "الأثمار" من أحكام الغصب أنه إن لم يتمكن الوارث من الرد فإنه لا يثبت له حكم الغاصب مع أن الغاصب ضامن وإن لم يتمكن من الرد [٥٩٨/٣].

---

(١) أقول : المناط الذي جاز للعامل التصرف في مال غيره به هو الأذن من المالك والتراضي الواقع بينهما ، فإذا مات صاحب المال صار ذلك المال لغيره ، فإن قرر المضاربة كما كانت عليه في حياة مورثة كانت هذه مضاربة مستقلة حاصلة بينهما بمجرد التراضي ، وإذا لم يقرر المضاربة كما كانت عليه كان على العامل إرجاع ماله إليه ويأخذ نصيبه من الربح ، وأما الأعراض التي قد صار فيها ربح فله من ربحها ماقدره العدول .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٢) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٨٩) .

(٣) (٢ / ١١٧) .

(**و**) أما ما فيها ربح فإنه (**يبيع بولاية**) من الورثة والحاكم (**ما فيه ربح**) وقال أبو العباس لا يحتاج إلى ولاية، أما الحاكم فلأنه لا ولاية له إلا على مال الغائب والمتمرد ومن لا ولي له.

وأما الوارث فلأن عقود الميت تلزمه لأنه إيجاب من أهله في محله، والموت بعد ذلك لا يصلح مفسداً كالوصية (**و**) العامل (**لا يلزمه التعجيل [٥٩٨/٣]**) لبيع ما فيه ربح بل يمهل كما تقدم.

(**و**) تبطل المضاربة (**بموت العامل و**) لكن (**على وارثه**) للمالك (**وله**) على المالك (**كذلك**) أي مثل ما على العامل لو مات المالك من الحفظ والرد لما لا ربح فيه فوراً[1] وإلا ضمن وارث العامل، ولوارث العامل على المالك مثل ما للعامل لو مات المالك من أنه لا يلزمه بيع السلع التي لا ربح فيها ولا تعجيل بيع ما فيه ربح.

وقيل : الصحيح أن لا عهدة في الحفظ والرد على وارث العامل لأنه لا سبب منه لذلك، لأن دخول المال إلى يده بغير اختياره إلا أن ينقلوه وجب عليهم الحفظ، والرد بعد

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٢) :

وأما قوله : " فوراً وإلا ضمن " ففيه نظر لأنه لا يتضيق الرد إلا بالطلب ، ولم تكن يده يد عدوان إلا بترك الرد مع الطلب ، وأما كونه لا يلزمه البيع فواضح لأن صاحب المال قد مات وصار المال إلى وارثه ، فلم تبق له ولاية التصرف فضلاً عن أن يلزمه بيع ما لا ربح فيه ، وهكذا لا يلزمه بيع ما فيه ربح إلا بإذن من المالك ، وما كان أحق هذه الأمور بعدم شغلة الحيز بها وإتعاب الطلبة بدرسها ، فإنها أمور واضحة قد لا تلتبس على العامل فكيف بمن له بعض فقاهة ، وهكذا تبطل المضاربة بموت العامل لأن الإذن من المالك لم يكن إلا له ولا يلزم وارثه إلا ما يلزم العامل ولو مات المالك لكن على الوجه الذي ذكرناه .

النقل وإلا ضمنوا كاللقطة (***فإن أجملها*** [1]) العامل (***الميت***) أي أقر بأن عنده لفلان كذا وكذا مضاربة غير معين ذلك في عين مخصوصة ولا جنس مخصوص (***فدين***) لا أمانة بمعنى أن مالك مال المضاربة يكون أسوة الغرماء.

وقال القاسم بل يقدم دين الغرماء لأن الظاهر في كل جنس وعين أنه مال العامل وغرماؤه أحق به، وقال مالك والشافعي بل لا شيء في ماله لمال المضاربة أيضاً لأن التباس عينها وجنسها منع من تسليمها، قلنا لا يمنع كالخلط وسيأتي.

(***وإن أغفلها***) أي لم يذكرها بنفي ولا إثبات (**حكم**) فيها (***بالتلف*** [2]) أو الرد إن قامت بينة على أنها كانت عنده، وقال المؤيد بالله: بل الأصل البقاء في يده فالبينة على الوارث بالتلف أو الرد لأن أمانة العامل قد بطلت بالإغفال لأنه جناية أو تفريط

....

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٢ – ٧٩٣) :

قوله : " فإن أجملها الميت فدين " .

أقول : ينبغي أن يقال إن الميت إذا قال عنده لفلان مال مضاربة هكذا على جهة الإجمال طولب وارثه بتعيينة ، فإن أنكر معرفته فليس عليه إلا اليمين وعلى مالك المال البينة على تعيينة ، فإن عجز عن ذلك كله كان ماتضمنه ذلك الإجمال ثابتاً في تركة الميت وإذا لم يكن تعيين مقداره رجع إلى أوساط ما يتعامل به الناس في المضاربات .

(٢) وأما قوله : " فإن أغفلها حكم بالتلف " فمن غرائب التفريعات وعجائب الاجتهادات فإن مجرد هذا الإغفال لا يكون حجة على رب المال بل يرجع إلى البينة من رب المال ، أو اليمين من الوارث . هذا على تقدير أنه لم يتقرر أصل التعامل ، أما إذا تقرر فعلى الوارث البينة بأن مورثه قد رد مال المضاربة أو أنه قد تلف بسبب لا يوجب الضمان ، ومن منكرات التفريعات قول المصنف إن الوارث إذا ادعى تلفها معه فالقول له وإن ادعى تلفها مع الميت فعليه البينة فإنه قلب للشريعة .

" السيل الجرار " (٢ / ٧٩٣) .

قلنا: لو لم يكن هنا محمل يكن هناك محمل للإغفال يرفع الخيانة والتفريط ويجوز[أ] أنه إنما أغفلها لبراء ذمته منها بأي سبب من رد أو تلف بغالب ولا يجب عليه الإخبار ببراءة ذمته (***وإن أنكرها الوارث أو ادعى تلفها معه فالقول له***) مع يمينه (**لا**) إذا ادعى الوارث أنها تلفت (***مع الميت أو***) ادعى الوارث (**كونه**) أي الميت (***ادعاه***) أي التلف (***فيبين***) الوارث على ذلك لأنها شهادة لنفسه لا إنكار .

(***و***) إذا اختلف المالك والعامل كان (***القول للمالك في كيفية الربح***) الصواب أن يقال في كيفية قسمة الربح لأن العادة تقتضي بأن العامل يدعي الزيادة والأصل عدمها.

(أ) **قوله:** ويجوز أنه إنما أغفلها لبراءة ذمته، أقول: هذا التجويز لا يوجب الحكم بالتلف وإلا لعورض ما قد ثبت بالاحتمالات، وعلل في "البحر"[1] الحكم بالتلف حملاً على السلامة، قال "المنار"[2] هذه العلة من نمط قول الحنفية الأصل العدالة إلى أن قالت: فكان أقرب منه أن يقال معنا أصل أقوى منه وهو أن الأصل بقاء المال، وقد لا يكون مفرطاً بالترك بأن يترك لمانع من نسيان أو غيره مما يغلب المرء فيكون المؤيد قول المؤيد، انتهى.

وفي "الغيث "[3]"تنبيه" أما لو كان إقراره بها قبيل الموت بوقت يسير لا يجوز فيه رد ولا تلف، فاتفاق أن الظاهر البقاء إلى بعد الموت، فلو أراد رب المال يحتاط أشهد العامل أنه إن مات ولم يذكر رداً ولا تلفاً أن قول المالك مصدق في بقاء ماله، وتكون هذه وصية عند المؤيد وأبي طالب[4].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٨٩) .

(٢) (٢ / ١١٧) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٠٧) .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٨٩).

(**و**) في (**نفيه**) أي الربح لأن الأصل[1] عدمه لكن لا يحكم بعدمه إلا (**بعد**) قول العامل (***هذا مال المضاربة***) فلا يقبل قوله: (***وفيه ربح***) وفيه نظر لأن مال المضاربة يشمل[أ] أصله وربحه .

(***وفي أن المال قرض*** [2]) فلا يلحقه الخسر (***أو غصب***) فيضمن التالف إلا أن كون القول قول المالك في الغصب إنما يتمشى على أن[ب] الأصل في دار الإسلام

(أ) **قوله**: يشمل أصله وربحه، أقول: لو شمل ربحه لما قال وفيه ربح وإن جعل للتأكيد فالتأسيس خير من التأكيد، وفي "الغيث "[3] أن العامل لما قال هذا مال المضاربة كان إقراراً، فإن المال كله للمضاربة، وقوله: وفيه ربح رجوع عن هذا الإقرار فلا يصح رجوعه عنه إن لم يصدقه المالك.

(ب) **قوله**: على أن الأصل في دار الإسلام الفسق، وهو خلاف رأي المصنف، أقول: أي الأصل في المسلمين الفسق.

وقد اختلف هل الأصل العدالة أو الفسق ظاهر كلام المصنف في المعيار أن الأصل الفسق، فإنه قال مسألة ولا يقبل خبر مسلم مجهول العدالة الحنفية، يقبل، قلنا: لا يؤمن فسقه فلا يظن صدقه، انتهى. وهذا الذي قاله معنى كون الأصل الفسق، ويأتي له في الشهادات أنه يشترط في الشاهد ظن العدالة، وقد قال هنا: إنه لا يؤمن فسق المسلم المجهول فلا يؤمن فسقه فلا يظن صدقه، وعند المؤيد بالله ظن عدم عدالة الشاهد لا يكون في مجهول العدالة، وهو معنى أن الأصل الفسق ويأتي للشارح هناك أن هذا هو الحق ويستدل له ويأتي البحث معه إن شاء الله، فقوله هنا إن كون الفسق الأصل خلاف رأي المصنف فتدبر.

---

(١) فوجهه أن الأصل عدمه فيكون القول قول الثاني منهما " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٣) .

(٢) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٣) :

وأما قوله : " وفي أن المال قرض أو غصب لاقراض " فلا يخفاك أن ثبوت اليد يقتضي أنه بمسوغ شرعي ، فالبينة على مدعي الغصب ، وأما الاختلاف في كونه قرضاً أو قراضاً ، فالبينة على مدعي القراض وهو العامل لأنه يدعي ثبوت حق له في الربح والأصل عدمه .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٧٩٤) .

الفسق وهو خلاف رأي المصنف ومن تبعه (**لا**) إذا ادعى المالك أنه (***قراض***) أي مضاربة، وقال العامل بل قرض فإن القول قول العامل لأن المالك[أ] كمدعي الزيادة .

(**و**) القول (***للعامل في رد المال وتلفه***) لأنه أمين لكنه لا يكون أميناً إلا (***في الصحيحة فقط***) وقد عرفناك أن لا تنافي بين الفساد والأمانة لأن الأمانة تثبت مع عدم العقد والضمانة تثبت مع الصحة كما في ضمان البائع قبل التسليم .

(**و**) كذا القول للعامل (***في قدره***[1]) أي: [في][2] قدر مال المضاربة لأن العامل يدعي الأقل في العادة والقول قول مدعي الأقل إذ الأصل عدم الزيادة .

(أ) **قوله:** لأن المالك كمدعي الزيادة، أقول: في هذا توقف لأن الأصل في الناس أنهم لا يخرجون أموالهم إلا لينالوا بها ربحاً، فهذا الأصل لا يعارضه كونه كمدعي الزيادة إذ الكلام هنا في كون المال قرضاً أو قراضاً فقد تصادقا أن المال لزيد.

والأصل أنه لا يخرجه إلا لطلب الربح، وأما كون فيه ربح أو لا فقد قلتم: إن القول قول العامل أي في هذه الزيادة التي هي الربح، وقد قلتم [إن][2] القول قوله أيضاً في الخسر مع أنه نقص من المال، والأصل عدمه فلينظر، وأحسن ما يرجع فيه إلى القرائن في أحوال الناس.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٤) :

وأما قوله : " وفي قدره " فلا وجه له بل القول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها لأن الأصل عدمها وهكذا في الربح والخسر يكون القول قول نافي الزيادة ، والبينة على مدعيها ، وهكذا القول قول نافي حدوث الربح بعد العزل وبعد القبض والبينة على مدعيها ، وأما نافي الحجر فالقول قوله لأن الأصل عدمه .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(**و**) القول للعامل (**في خسره**[أ] **وربحه**) لأنه أمين[ب] (**و**) القول للعامل (**في أنه**) أي الربح حاصل (**بعد العزل** [٥٩٩/٣]) ليستبد به[ج] في مقابلة الضمان إذ الخراج بالضمان لأنهما قد تصادقا على العزل والأصل عدم كون الربح قبله، وقلب الدليل بأنهما قد تصادقا على الربح والأصل عدم كونه بعد العزل (**وفي نفي القبض**) لمال المضاربة (**و**) في نفي (**الحجر مطلقاً**) في صحيحه وفاسدة إذ الأصل عدم الأمرين (**و**) القول (**لمدعي**) كون (**المال وديعة منهما** [١]) إذ الضمان زيادة والقول قول منكرها.

(أ) **قال:** وفي خسره، أقول: في الأثمار جعل الخسر في حكم التلف، قال في الوابل: إنما جعل حكم الخسر حكم التلف، والرد في تقييده بالصحيحة لأنه الموافق لما في التذكرة وشرحها وسائر الكتب وذلك لأنه كالأجير المشترك وقد تقدم أنه لا يقبل قوله في التلف والنقص، بل يبين ولم يذكر أن حكم الاختلاف في الخسر حكم الاختلاف في القدر، إلا الإمام المهدي في "الأزهار"[٢] و"البحر"[٣]، ووجهه أن الأصل براءة الذمة وذلك غير مستقيم.

(ب) **قوله:** لأنه أمين، أقول: لو كان ذلك علة لهذا الحكم لزم أن يكون القول قوله مطلقاً [٥٩٩/٣].

(ج) **قوله:** ليستبد به في مقابلة الضمان، أقول: علل في الغيث ذلك بقوله لا وقت أولى من وقت.

قلت: هذه العلة كثيراً ما يعللون [بها][٤] كقولهم تقدم البينة المطلقة لأنه لا وقت أولى من وقت،

---

(١) وأما قوله : " والمدعي المال وديعة منهما " فوجهه أن مدعي كونه مضاربة يثبت لنفسه حقاً في الربح والأصل عدمه هذا إذا كان المدعي هو العامل ، وأما إذا كان المدعي هو المالك فإن كان يريد بهذه الدعوى تضمين العامل فالأصل عدم الضمان ، والحاصل أن هذه المسائل ظلمات بعضها فوق بعض وقد كشفنا عنها ما يحول بينك وبين عدم إدراكها بعين البصيرة .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٤) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٤١٤ – ٤١٥) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٨٩) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

فصل

(***وإذا اختلطت فالتبست أملاك الأعداد***) لا ملك الواحد إلا أن خالطه إذا كان متعدياً ضمن أرش ما نقص بالخلط (***أو***) اختلطت (***أوقافها***) أو نحوها من الحقوق والزكوات (***لا بخالط***)[أ] تضمن جنايته (***قسمت***) تلك المختلطات على رؤوس المختلطات لا على رؤوس ملاكها، وإلا لزم أن لو خلط السيل موضعاً لتسعة نفر بموضع لواحد أن يقسم المختلط أعشاراً وليس كذلك بل يقسم نصفين على رأس المختلطين (***ويبين مدعي الزيادة والفضل***) في أحد المختلطين لأن ذلك هو العدل، لكنه إنما يتم على تقدير جهل مطلق الزيادة.

وتقدم للشارح أنه حمل للمطلق على بعض أفراده لا عن دليل.

قلت: ويقال لهم أيضاً قولكم يحكم بأقرب وقت حكم منكم، بأولية الوقت الأقرب ينقض ما جعلتموه دليلاً للمسألة.

فصل وإذا اختلطت

(أ) **قولـه:** لا بخالط، أقول: بل خلطها ريح أو سيل أو اختلطت بأنفسها كالبهائم والنحل ولو في بيت أحد المالكين، فالاختلاط على هذه الصفة لا يزيل الملك بل الحكم فيه ما ذكر من القسمة وعدل "الأثمار" إلى لفظ التبست أملاك الأعداد ونحوها، قال الوابل هذه العبارة أتم من عبارة "الأزهار" لأنه يدخل فيها جميع أنواع الالتباس سواء كان بخلط أو بغيره، ولأنه دخل فيها نحو الأوقاف والزكاة والفطرة والكفارة.

أما لو علمت زيادة مطلقه في أحدهما وإنما المجهول قدرها لم يكن لما ذكر وجه في العدل (**إلا ملكاً**[أ] [1]) اختلط (**وبوقف قيل أو وقفين**) أحدهما (**لآدمي و**) الآخر

(أ) **قوله:** إلا ملكاً بوقف إلى قوله فيصيران للمصالح، أقول: ليت شعري ما هو الدليل الذي قهرنا حتى [أوجب][2] أن يخرج ملك الآدمي المحرم ماله القطعي الحرمة الذي لا يخرج عن ملكه إلا برضاه وطيبة نفسه أو أمر الشارع بإخراجه عنه كبيع الحاكم عنه لقضاء ديونه ونفقة من وجب إنفاقه عليه مع تمرده، ثم رقبة الوقف ملك لله تعالى لا يخرجها عنه شيء.

فإن كان جعله للمصالح رجوعاً إلى أنه صار لله تعالى فوجب إنفاقه في مصالح عباده، فهذا تقديم لحق الله تعالى على حق الآدمي وقد قرروا أن دين الآدمي مقدم على دين الله تعالى كما هو قول الأخوين وخرجاه ليحيى، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فكيف جعلتم هنا حق الآدمي لله تعالى مع تقديم حق الآدمي في الدين الذي لله تعالى المحقق، وأما هنا فهو ملتبس حقه تعالى بحق الآدمي، وهلا قلتم يقسم على الحصص؟

وأما قولكم أن القسمة بيع فكلام باطل يأتي بيان بطلانه في باب القسمة، وإنما اشتركا في لوازم وما كل مشتركين في لوازم يكونان مثلين من كل وجه، وإلا لزم أن يكون الإنسان هو الجمل مثلاً لاشتراكهما في التحييز والجسمية والحيوانية وبالجملة فبطلان هذا الدليل أوضح من أن يوضح، فيا للعجب كيف يؤخذ ملك الآدمي المعصوم ماله المعلوم تحريمه قطعاً بهذه الشبهة التي لا تساوي فلساً؟ فالحق قسمة ما وقع فيه الاختلاط، فإن كانت كل حصة معلومة قبله فظاهر وإن كانت مجهولة رجع إلى التحري وغلب حق الآدمي على رقبة الوقف، إذ مالكه أغنى الأغنياء والعباد هم الفقراء إلى الله، وإلا سلكت طريقة التحويل التي يرجعون إليها في مسائل الالتباس.

---

(١) قال الشوكاني في"السيل الجرار "(٢ / ٧٩٥)"ولا وجه للاستثناء بقوله إلا ملكاً بوقف أو وقفين بل يقسم ويجعل الوقف بمنزلة المنازع من المالكين فيكون له نصيب كنصيبه ، وأما الجزم بإبطال ملك المالك ومصير الكل للمصالح فمن الظلم البين للمالك في ملكه المعصوم بعصمة الشرع بغير سبب يوجبه الشرع بل بمجرد المجازفة ،وأي دليل يدل على تأثير ماهو وقف على ماهو ملك ، وعلى نزع ملك المالك مع إمكان السلوك به في طريق من طرائق العدل.

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(**لله فيصيران**) أي الملك والوقف أو الوقفان (**للمصالح رقبة الأول**) وهو الملك والوقف (**وغلة الثاني**) وهو الوقفان.

قال المصنف[أ] إذ لا يصح المراضاة في الوقوف يريد أن القسمة في غير متفق المثلي بيع والبيع إنما يكون بالمراضاة ولا يباع الوقف وفيه نظر، فإن القسمة لا يشترط فيها المراضاة ولهذا يجبر الحاكم الممتنع عنها ويأخذ نصيبه بالسهم وإن خالف مراده ولأنه إذا ملكه الخالط بالتعدي كما سيأتي وهو أخذ له بالباطل فبالحري أن يملكه من تعلق له بمقاسمته حق صحيح والوقف لا يمتنع بيعه على الإطلاق بل يصح في بعض الحالات كما سيأتي إن شاء الله.

وأشار المصنف بلفظ القيل إلى ضعف كون الوقفين كالملك والوقف لأن المانع في الملك والوقف إنما هو وجوب قسمة العين ليتصل المالك بعين ملكه، والقسمة بيع والوقف لا يباع، وأما الوقفان فإنما تقسم الغلة وهي تباع فلا محذور[ب] في قسمتها (**و**) هذا فيما

(أ) **قوله:** قال المصنف إذ لا يصح المراضاة، أقول: المصنف قال هذا تعليلاً للقيل الذي ضعفه وهو لأبي مضر، قال: لأن الوقف لا يصح التراضي على مصيره ملكاً لأنه لا يباع، فلهذا صار جميعاً للمصالح ثم اعترضه وقال والأولى القسمة ولا يصير للمصالح وهذا هو القوي وقد أشرنا إلى ضعف كلام الفقيه س[1] بقولنا قيل انتهى وقد طول في ذلك بما هذا المراد منه.

(ب) **قوله:** فلا محذور في قسمتها أي الغلة، أقول: قد قال كذلك في "الأثمار"، واختاره "المنار"[2] وقال: لا أدري ما صدهم عنه إلا أن يكون قادهم صورة الاستهلاك الحكمي فليس ببعيد، لأنهم أخرجوا الشيء عن موضعه فيها فأخرجوه هنا.

---

(١) أي الفقيه حسن.

" شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٢).

(٢) (٢ / ١١٧).

كان الاختلاط لا بفعل خالط متعد فإن كان (**بخالط متعد** [1]) أي ضامن للجناية ولو قال[أ] كذلك لكان أولى لأن التعدي أخص من الضمان ومن ضمن متعدياً كان أو مخطئاً (***ملك القيمي ومختلف المثلي***) وقال المؤيد[2] والإمام يحيى[2] والشافعي[3] لا يملكهما، وأجاب[ب] المصنف بأن اللبس إزالة للعين فكان كإتلافها (**و**) حينئذ (***لزمته الغرامة***) لمثل المثلي وقيمة القيمي.

(أ) **قوله:** ولو قال كذلك، أقول: قال كذلك "الأثمار" فإنه قال ويضمن ولم ينبه الوابل على نكتة العدول ولا أظنها إلا ما ذكره الشارح وبمثله عبر "الفتح".

(ب) **قوله:** وأجاب المصنف، أقول: لفظه في "البحر"[4] استدل المؤيد بالله ومن معه بأن العين متعينة في علم الله تعالى فعينها أولى من دفع العوض ليصل إليه بعض عين ماله، فأجاب المصنف بقوله: قلت ما لم يتميز عن حق غيره فالعوض أعدل.

قال عليه "المنار"[5]: هذا احتجاج بنفس المذهب والخصم يقول منع العين أو بعضها، والتعويض عنها بغير رضى المالك جور ثم غايته أن يصير المالان مثل ما لو خلطهما المالكان فيقتسمان ويبين مدعى الزيادة في العين أو في الصفة، ولكن أصل مسألة الاستهلاك الحكمي متحكمة، وهذا [في هذا][6]

---

(١) قوله : " وبخالط متعد .. إلخ " .

أقول : الخلط على وجه التعدي جناية مضمونة ، فغاية ما يلزمه أرش النقص الحاصل بالخلط ولا وجه لقوله ملك القيمي ومختلف المثلي ، بل الملك باق لمالكه والتعليل بأن فعله قد صار استهلاكاً فنحن نمنع أن يكون هذا استهلاكاً ثم نمنع أن يكون الاستهلاك مقتضياً لخروج الملك عن مالكه ، والحاصل أنه إذا أمكن التمييز كان ذلك واجباً على الخالط وإن تعذر فليس عليه إلا الأرش الذي نقص به ذلك المخلوط بالخلط وإذا عرفت هذا عرفت عدم صحة ما رتبه المصنف عليه فلا نطول برده . قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٧٩٥) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٨٩) .

(٣) " البيان " للعمراني (٧ / ٢٣٠) .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ٨٧) .

(٥) (٢ / ١١٦) .

(٦) زيادة من نسخة أخرى .

وأجيب بمنع أن اللبس إزالة للعين، قلنا بل القسمة تستلزم زوال بعضها، قالوا الإزالة ما كانت لا إلى بدل وهنا زالت ببدل ولو سلم فغايته غاصب يلزمه أرش النقص اليسير ويخير المالك في الكثير بين العين مع أرش نقصها وبين قيمتها غير منقوصة، لكن القيمة والأرش هنا غير معلومين لأن العلم بهما فرع العلم بالمقوم، والفرض أنه مجهول العين وإن أريد قيمة المقسوم لو قسم فاستحقاق قيمته فرع استحقاقه، وإذا كان مستحقاً فلا وجه لتمليكه الخالط.

(و) أما القول بأنه يملك بمجرد الخلط ثم (يلزم) بعد ملكه (***التصدق بما خشي فساده قبل المراضاة***) للمالك فسرف[أ] في السرف [٣/٦٠٠] لأنه إن أريد[ب] بالمراضاة تسليم العوض بمعنى أنه لا يستقر ملكه إلا بتسليمه لزم أن يكون

الموضع من صور الغلو فيها وما أنسب هذا بأغراض الفسقة وقد أعجبتهم أملاك غيرهم التي لا يتوصل إليها بالشراء أن يملكوها فيخلطوها ويعطوا عوضها، وعلى الجملة فهي مقالة غريبة لم تتشبث بشبهة تروج في سوق النظر، انتهى. والشارح قد جنح إلى مثل كلامه وهو الأقوى في النظر.

(أ) **قوله:** فسرف في السرف، أقول: في "القاموس"[١] السرف ضد القصد والإغفال والخطأ، انتهى. ومراد الشارح أن الحكم الأول وهو ملك القيمي ومختلف المثلي سرف لما بينه من أنه خالف ما قام عليه الدليل، والقصد هو اتباع الدليل لأنه الذي أمر الله تعالى به أن الله يأمر بالعدل وهو القصد، فقول المصنف أنه يتصدق بما خشي فساده قبل المراضاة سرف نشأ عن السرف الأول فكلام الشارح حسن [٣/٦٠٠].

(ب) **قوله:** لأنه إن أريد بالمراضاة تسليم العوض، أقول: هذا غير مراده بل مراده الطرف الآخر من الترديد ومؤلف "الأثمار" اختار الطرف الأول فقال: ويتصدق بما خشي فساده قبل الغرامة.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ١٠٥٨) .

التسليم جزءاً من سبب الملك فلا يكون مجرد الخلط موجباً لملكه وهو[أ] عود على المدعى بالنقض وإن أريد بالمراضاة طلب رضى الملاك بتمليكه المخلوط فذلك اعتــراف بعــدم

قال في شرح "الفتح" وأما المؤلف فقال: إن مجرد الرضى لا يكفي بل لا بد من دفع العوض إذ فيــه شائبة المظلمة، انتهى. وعلل "البحر" وجه وجوب التصدق بما خشي فساده بأنه ملك مـــن وجــه حظر.

قلت: ولا يخفى أن هذه العله تقتضي وجوب التصدق بما خشي فساده وغيره، وفي "الغيث"[1] عـــن أبي حنيفة وأصحابه وأبي العباس والناصر أنه لا يطيب بحال بل يجب التصدق به، وقوله ملـــك مـــن وجه حظر عبارة باطلة لأن الشارح لا يأذن إلا بملك ما يسوغ ملكه وتملكه، وما كان محظوراً فهـــو ممنوع عن استيلاء المكلف عليه، بل وجه إيجاب التصدق بما يخشى فساده كون ترك الصـــدق بـــه إضاعة مال لا يجوز فيتصدق به على نية مالكه، وذلك من باب وجوب التعاون على البر والتقوى؛ ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم تصدق بلحم الشاة لخشية فساده ويكون أجر الصدقة لمالكها.

(أ) **قولـه:** وهو عود على المدعي بالنقض، أقول: فإن المدعي هو كون الخلط مملكاً وقولهم لا يطيب إلا بعد المراضاة قاض بأنه ليس بمملك وهو نقض لا ادعاء أنه مملك .

واعلم أن المصنف نسب ما في الأزهار إلى الكنى ثم أورد عليه أن لقائل أن يقول إذا كـــان الخلـــط استهلاكاً عندك فقد ملكه الخالط فيجوز له كل التصرف وإن لم يكن استهلاكاً عندك فقد ادعـــى الإجماع على أن خلط القيمي استهلاك .

وله أن يجيب أنه استهلاك لكن الملك غير مستقر حتى يأخذ صاحبه العوض أو يرضـــى بالتصـــرف، ولقائل أن يقول: فما فائدة الملك حينئذٍ، ويمكن أن يقال: فائدته لو أتلفه متلـــف كانـــت قيمتـــه للمستهلك الخالط لا للمالك الأول، انتهى.

قلت: وقد أَلَمَّ بما أورده الشارح وأراد التخلص مما لا يتم به ذلك كما لا يخفى وتلون الأحكام ممـــا يقوي أنه لا يملك بحال.

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٢٣ – ٤٢٤) .

انتقال ملكهم إلى ملكه، وذلك أظهر في نقض الدعوى، ولهذا قال القاضي[1] زيد[أ] يجوز له قبل المراضاة كل تصرف (و) هذا في القيمي ومختلف المثلي .

(أ) **قولـه:** قال القاضي[1] زيد، أقول لأنه قائل بأنه يملك بمجرد الخلط ولا حكم للمراضاة في الملـك، قال في شرح الفتح ومنشأ هذه المسألة وأشباهها خبر شاة الأسارى، فقال أبو طالب والكنى أنه صلى الله عليه وآله وسلم إنما أراد بالتصدق بها لما لم تحصل المراضاة لأهلها، وقال أبو العباس[2] والمنصور بالله وأبو حنيفة لا تطيب رأساً بل يتصدق بها قبل المراضاة وبعدها، ولذا أمر بالتصدق بها، وقال المؤيد[2] والناصر والشافعي لا يملك بحال وإنما تصدق بها صلى الله عليه وآله وسلم لعدم المالك وخشي فسادها، وقال القاضي زيد قد حصل الملك فلا يجب مراضاة وإنما تصدق بها كراهة ذلك، انتهى.

قلت: ولفظ الحديث كما أخرجه أحمد[3] وأبو داود [4]والدارقطني[5] عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلاً من الأنصار أخبره قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلما رجع استقبله راعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده صلى الله عليه وآله وسلم ثم وضع القوم فأكلوا فنظرنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يلوك لقمة في فمه ثم قال: أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها، فسألت المرأة فقال: يا رسول الله، إني أرسلت إلى النقيع يشتري لي شاة فلم أجد فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل بها إلي بقيمتها فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت بها إلي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أطعميه الأسارى ويأتي للشارح في كتاب الغصب أنه مشكل في شرح قوله فصل ويملك ما اشترى بها ويأتي لنا أنه لا إشكال فيه [٣/٦٠١].

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٤٢٤) .

(٢) انظر " البحر الزخار " (٤ / ٨٦ – ٨٧) .

(٣) في " المسند " (٥ / ٢٩٣ – ٢٩٤) .

(٤) في " السنن " رقم (٣٣٣٢) .

(٥) في " السنن " (٤ / ٢٨٥ رقم ٥٤) .

=

أما المثلي المتفق فإذا خلطه لم يملكه بالخلط وإن (**ضمن**) جناية ما أعنت الخلط، وأما أنه يضمن مثل (***المثلي المتفق***) ضمان الغصب فإنما يتمشى على تقدير أن الخلط أثبت يده عليه وعلى قسمته، وأنه تلف في تلك الحال فلا وجه لإطلاق الضمان وإهمال شروطه (**و**) أما أنه إذا ضمن مثله (**قسمه**) فلأن الخلط جناية منه يجب عليه إزالتها أو أرش ما أعنته وإذا كان جاهلاً المقادير المخلوطات كان العمل (**كما مر**) من كون القسمة على الرؤوس ومن ادعى الزيادة بيَّن [٣/٦٠١].

. . . .

= قلت : وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار " رقم (٣٠٠٥) و (٣٠٠٦) وفي " شرح معاني الآثار " (٤ / ٢٠٨) والبيهقي (٥ / ٣٣٥) وفي " الدلائل (٦ / ٣١٠) .

وهو حديث صحيح .

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه ثقت

كتاب[أ] الشركة

بسم الله الرحمن الرحيم

(أ) **كتاب الشركة:** أقول: بكسر المعجمة للحالة كالجلسة وبالضم اسم للشيء المشترك كذا في الوابل، وفي الإمداد بكسر فسكون أو فتح فكسر[1] أو سكون جمعها شرك بكسر ففتح، وهو لغة الاختلاط شيوعاً أو مجاوزة، وشرعاً: ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع، والأصل فيها قبل الإجماع إخباره صلى الله عليه وآله وسلم بعد المبعث بشركة السائب بن يزيد قبله، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما ".

قلت:وحديث:"يقول الله تعالى.. إلخ" أخرجه أبو داود[2] ويأتي للشارح تخريج حديث

---

(١) قال الحافظ في " الفتح " (٥ / ١٢٩) فيها أربع لغات : فتح الشين وكسر الراء ، وكسر الشين وسكون الراء ، وقد تحذف الهاء ، وقد يفتح أوله مع ذلك .

وانظر : " تهذيب اللغة " للأزهري (١٤ / ١٧) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٣٨٣) .

قلت : وأخرجه الدارقطني (٣ / ٣٥ رقم ١٣٩) والحاكم (٢ / ٥٢) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٧٨ – ٧٩) من طريق محمد بن الزبرقان أبي همام عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : .. فذكر الحديث .

قال الحاكم : صحيح الإسناد . ووافقه الذهبي.

وتعقبهما الألباني في : " الإرواء " (٥ / ٢٨٨ – ٢٨٩) بقوله : " وأقول : بل هو ضعيف الإسناد وفيه علتان :

(الأولى) : الجهالة . فإن أبا حيان التيمي اسمه يحيى بن سعيد بن حيان ، وأبوه سعيد ، قد أورده الذهبي في " الميزان " (٢ / ١٣٢ رقم ٣١٥٧) وقال : " لايكاد يعرف ، وللحديث علة " .

(والعلة الأخرى) : الاختلاف في وصله ، فرواه ابن الزبرقان هكذا موصلاً بذكر أبي هريرة فيه ، وهو صدوق يهم كما قال الحافظ . =

(**هي نوعان**) أحدهما أن تكون (**في المكاسب**) جمع مكسب مصدراً بمعنى الكسب، لأن أحد الشريكين يعمل عنه وعن صاحبه، فالعمل مشترك ويلزم منه الاشتراك في ثمرته (**و**) ثانيهما أن تكون في مجرد (**الأملاك فشَرَكُ المكاسب أربع**)

أحدها (**المفاوضة وهي**)[أ] في الأصل الاشتراك في كل شيء والمساواة، وفي اصطلاح أهل المذهب[1] (**أن يخرج**[ب] **حران مكلفان مسلمان أو ذميان جميع نقدهما السواء جنساً وقدراً**) قبل وصفه (**لا فلوسهما ثم يخلطان**) ما أخرجاه (**ويعقدا**) المفاوضة في التجارة بلفظها لا بلفظ الشركة لأن الأعم لا يدل على الأخص

السائب[2] بن يزيد.

(أ) **قوله:** هي في الأصل الاشتراك في كل شيء والمساواة، أقول في "القاموس"[3] المفاوضة الاشتراك في كل شيء كالتفاوض والمساواة والمجاراة في الأمر انتهى.

وهو مثل كلام الشارح، وفي "الغيث" هي مشتقة من المساواة لاستوائهما في ملك النقدين أو من التفويض، لأن كل واحد منهما فوض صاحبه، انتهى.

(ب) **قال:** أن يخرج، أقول: عدل "الأثمار" إلى قوله يحضر، قال في الوابل: إنما عدل عن عبارة "الأزهار" لكون الإحضار أصرح في المقصود من الإخراج، وحذف "جنساً وقدراً"، قال شارحه لدخول ذلك في معنى السواء.

= وخالفه جرير فقال : عن أبي حيان التيمي عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ ... فذكره .

قلت : وجملة القول : أن الحديث ضعيف الإسناد ، للاختلاف في وصله وإرساله وجهالة راويه ، فإن سلم من الأولى ، فلا يسلم من الأخرى . " اهـ .

وخلاصة القول : أن الحديث ضعيف . والله أعلم .

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٢٩) .

(٢) أخرجه أبو داود رقم (٤٨٣٦) والنسائي في " السنن الكبرى " (١٠٠٧١) وأحمد (٣ / ٤٢٥) والحاكم (٢ / ٦١) وابن ماجه رقم (٢٢٨٧) وهو حديث صحيح .

(٣) " القاموس المحيط " (ص ٨٣٩) .

فعلى هذا هي المعنى[أ] الثاني في اللغة أعني المساواة لاشتراط التساوي في المتعاقدين والمالين، وبه امتازت عن العنان وغيرها، أما اشتراط حرية المتعاقدين فخالف فيه الجماهير، لنا لو كانا عبدين أو أحدهما -ودين المعاملة يتعلق برقبة العبد- لاختل التساوي في المال، أما مع اتفاقهما في العبودية فلتفاوت القيمتين في الغالب، وأما جمع كون أحدهما فقط عبداً فظاهر ورد بأن الشركة لا تتعلق بعروض العاقد الباقية في يده فضلاً عن تعلقها برقبته أو قيمتها، ولو تعلقت الشركة بما تعلق به دين المعاملة لوجب أن لا تصح الشركة مع حر يملك عرضاً لأن دين معاملته تتعلق بعروضه تعلقه بنقوده.

وأما اشتراط تكليفهما فلأن التفويض لا يصح من الصبي ورد بأن[ب] الكلام في المأذون فإذا أذن له في عقد المفاوضة فقد أذن له في التفويض، وأما اشتراط تساويهما في الملة فلأن اختلافهما يستلزم تصرف الكافر فيما لا يستجيزه المسلم ورد بما[ج] تقدم من جواز معاملة الظالم فلا نكرره.

(أ) **قوله:** من المعنى الثاني، أقول: أو من الأول لأنها اشتراك أيضاً.

(ب) **قوله:** ورد بأن الكلأ في المأذون، أقول: لم أجد في "البحر" ذكر من خالف في الصبي ولا في غيره فلا أدري من الراد.

(ج) **قوله:** ورد بما تقدم من جواز معاملة الظالم، أقول: جواز معاملة مختلف الملة رأي الجمهور وقد بوب البخاري[1] بجواز مشاركة الذمي ومشاركة المسلم للمسلمين وذكر حديث جبير وقد تقدم في المزارعة، قال شارحه وهو ظاهر في الذمي وألحق المشرك به لأنه إذا استأمن صار في حكم الذمي وقد خالف في الجواز الثوري والليث وإسحاق وأحمد[2]، وحجتهم خشية أن يدخل في مال المسلم ما لا يحل كربا وثمن الخمر والخنزير واحتج الجمهور[3] بمعاملة النبي صلى الله عليه وآله وسلم يهود

---

(1) في صحيحه (٥ / ١٣٥ الباب رقم ١١ – مع الفتح) .

(2) " المغني " لابن قدامة (٧ / ١١١) .

(3) انظر " فتح الباري " (٥ / ١٣٥ – ١٣٦) .

وأما اشتراط كون المخرج هو جميع نقد كل واحد منهما فلا وجه له إلا توهم أن اشتراط المساواة في مال الشركة يستلزم المساواة في غيره وهو هوس[أ] لا اجتهاد لاستلزامه تجرد كل واحد منهما عن ملك شيء غير مالها عرضاً كان أو نقداً فالوجه حمل كلام الهادي[1] على أن المراد بجمع النقد جميع النقد الذي يتجر فيه كل واحد منهما، لأن نقد تجارته لو كان زائداً على نقد تجارة الآخر لكانت عناناً لا مفاوضة.

وأما توهم أن ملك أحدهما لنقد زايد يصيرها عناناً فافتراقها إنما هو لصحة التفاضل في مال العنان دون مالها، ولو اعتبرنا فيها عدم التفاضل في مطلق مال المتعاقدين لاستحال[ب] وجودها استحالة عادية فكان الاشتغال [٤/١] بتدوين أحكام المحال مما لا يعني المسلم فضلاً عن العالم فضلاً عن الشارع.

خيبر فإذا جاز في المزارعة جاز في غيرها، ولمشروعية أخذ الجزية منهم مع أن أموالهم فيها ما فيها وقد بسطنا القول في رسالة مستقلة[2].

(أ) **قوله:** هوس، أقول: في "القاموس"[3] الهوس بالتحريك ضرب من الجنون.

(ب) **قوله:** لاستحال وجودها، أقول: وذلك لأنه لا يكاد يتفق شخصان في أعيان ما يملكه كل واحد منهما عادة، وفي "نهاية المجتهد"[4] أن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال، وقال مالك: ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان، وظاهر كلام النهاية أنه لم يقل أحد بأنه لا بد من إخراج كل واحد منهما كل نقده بل المراد أن من قال بالتساوي هو التساوي في

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٩١).

(٢) وهي الرسالة رقم (١٥٠) من عون القدير من فتاوي ورسائل ابن الأمير بتحقيقي ط ابن كثير دمشق.

(٣) " القاموس المحيط " (ص ٧٥١).

(٤) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٩).

وأما اشتراط كون نقدي مالها سواء في الجنس والقدر فمبني على أن المفاوضة بمعنى المساواة لا بمعنى الاشتراك كما هو الأصل وإن المراد المساواة في المال لا مساواة كل صاحبه بنفسه في أن له ماله وعليه ما عليه، وأما اشتراط كون النقد غير فلوس فلأنها مظنة الاختلاف كالعروض، وقال أبو طالب ومحمد[1] تصح بالفلوس ومالك[2] والبتي بالعروض مطلقاً والمزني بالمثليات فقط.

قلنا : لا يتحقق التساوي في غير النقدين وهو شرط كونها مفاوضة وإلا عادت عناناً وهو غير محل النزاع إلا أن يبيع كل منهما نصف عرضه حال العقد من صاحبه ويشتركا في الثمن وإن لم يتقابضا لأن كل واحد يصير وكيلاً لصاحبه بالقبض من نفسه والتصرف وحينئذ يتحقق التساوي.

المالين اللذين يخرجان للتجارة كما تأول به الشارح كلام الهادي وهو المتعين، وفي "فتح الباري"[3] قال ابن بطال[4] أن الشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما مثل ما أخرج صاحبه ثم يخلطان ذلك حتى لا يتميز ثم يتصرفا جميعاً إلا أن يقيم أحدهما الآخر مقام نفسه، وأجمعوا على أن الشركة بالدراهم والدنانير جائزة، لكن اختلفوا إذا كانت الدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر فمنعه الشافعي[5] ومالك[6] في المشهور عنه والكوفيون إلا الثوري [٤/١].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٩١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٣٥) .

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٨٠) .

(٣) (٥ / ١٢٩) .

(٤) في " شرحه لصحيح البخاري " (٧ / ٨ – ٩) .

(٥) " روضة الطالبين " (٤ / ٢٧٦) .

(٦) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٧٦) .

وأما اشتراط الخلط فقال الشافعي[(١)] والجويني والغزالي والمروزي والإسفرائيني ليس بمعتبر بأنها إنما تفارق العنان بعدم اعتبار الخلط فيها إذ ليست إلا مجرد تراضيهما على مشاركة كل واحد منهما لصاحبه في غنم ماله وغرمه .

حتى قال بعضهم[(٢)][(أ)] لا أعلم شيئاً باطلاً في الدنيا إن لم تكن المفاوضة باطلة، قلنا حديث" إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة "، قالوا: لا أصل له في الصحة ولو سلم فالمفاوضة لغة الاشتراك فالمراد بها مثل ما أخرجه أبو داود[(٣)] والنسائي[(٤)] وابن ماجه[(٥)] والحاكم[(٦)] وصححه ....

(أ) **قوله:** وقال بعضهم، أقول: في الإمداد شرح الإرشاد أن الثلاثة الأنواع باطلة غير العنان لكثرة الغرر فيها سيما المفاوضة ومن ثمت قال الشافعي[(٧)] إن لم تكن المفاوضة باطلاً فلا باطل أعرفه في الدنيا ولا أعرف القمار إلا هذا أو أقل منه، انتهى. وفي "نهاية المجتهد"[(٨)] عد الأنواع أربعة ثم قال واحد متفق عليه منها وهو شركة العنان، وإن كان بعضهم لا يعرف هذا اللفظ، واعلم أن الشافعي إنما قال بأنها باطلة لما فيها من الغرر كما علله في "السراج الوهاج"[(٩)] شرح المنهاج لا لما ذكره الشارح.

---

(١) " البيان " للعمراني (٦ / ٣٧٢) " روضة الطالبين " (٤ / ٢٧٧) .

(٢) قاله الشافعي في " اختلاف العراقيين " (٨ / ٣٠٨ – الأم) .

(٣) في " السنن " رقم (٤٨٣٦) .

(٤) في " السنن الكبرى " (رقم ١٠٠٧١) .

(٥) في " السنن " رقم (٢٢٨٧) .

(٦) في " المستدرك " (٢ / ٦١) .

وهو حديث صحيح .

(٧) في " اختلاف العراقيين " (٨ / ٣٠٨ – الأم) .

(٨) (٤ / ١١) . (٩) (٥ / ٨) .

من حديث السائب[أ] بن أبي السايب صيفيّ بنِ عابد، أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وآله وسلم في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح وصل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال له " مرحبا بأخي وشريكي لا يداري ولا يماري " والذي عند أبي داود[١] بلفظ" فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فجعلوا يذكرونني ويثنون علي، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أنا أعلمكم به، فقلت صدقت بأبي أنت وأمي كنت شريكي فنعم الشريك، كنت لا تداري ولا تماري " وعند رزين" لا تشاري ولا تماري " وعند ابن ماجه[٢]" كنت شريكي في الجاهلية " وهو الصواب لأن السائب من مسلمة الفتح الذين حسن إسلامهم، وإلى عدم اشتراط الخلط ذهب الناصر[٣] والمؤيد وأبو حنيفة[٤]

(أ) **قوله:** السائب بن أبي السائب.. إلخ، أقول: قوله صيفي بدل من أبي السائب لأنه اسمه وهو بفتح الصاد المهملة وسكون التحتية وكسر الفاء وتشديد الياء وعابد بالعين المهملة والموحدة والدال المهملة كذا في الجامع لابن الأثير.[٥]

وقد اختلف في شريك النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقيل إنه هو وقيل بل الشريك ابنه عبدالله وقيل هو قيس بن السائب وقال ابن عبد البر[٦] السائب بن أبي السائب من المؤلفة قلوبهم وحسن إسلامه، وكان من المعمرين عاش إلى زمن معاوية والشارح قد أشار إلى الخلاف وإلى أن هذا هو الأرجح، وقوله: (فنعم الشريك كنت) الظاهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم وإن تقديره، فقال: فنعم.. إلخ، ليوافق الرواية الأولى ولا يخفى أنه لم يعين نوع الشركة ويأتي للشارح أنها العنان وكان وجه التعيين الاتفاق عليها ولأنه أظهر أنواعها.

---

(١) في " السنن " رقم (٤٨٣٦) .

(٢) في " السنن " رقم (٢٢٨٧) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٩١) .

(٤) " شرح فتح القدير " (٦ / ١٦٥) .

(٥) انظر : " أسد الغابه " (٢ / ٣٩٣) .

(٦) في " الاستيعاب " (٢ / ١٤٠ – ١٤١ رقم ٨٩٧) .

وأصحابه، وأجاب المصنف بأنه لا شركة مع التمايز وهو تهافت(أ) لأن الشركة تجب في نقد كل واحد بإيجاب صاحبه، ولا بد أن يكون المتشاركان (**غير مفضلين**) لأحدهما (***في الربح و***) لا في (***الوضيعة***) لأن وضعها على التساوي في كل وجه كما سمعت .

وإذا تمت بشروطها (***فيصير كل منهما فيما يتعلق بالتصرف فيها يتعلق بالتصرف فيه***) بحكم عقد الشركة لا بنحو الجناية والنكاح وغيرهما مما لا علقة له بأمر الشركة وأما ما له علقة بأمر الشركة فكل واحد منهما يصير (**وكيلاً للآخر**) في قبض ما على الغير له (**وكفيلاً**) على شريكه فيما عليه للغير لأن الكفالة(ب) تصح بما يثبت

(أ) **قوله:** وهو تهافت، أقول: في "المنار"(١) على قول " البحر "(٢)والخلط شرط" ما لفظه فإذا قلنا بالانعقاد فهو مغن عن الخلط والذي أوجب الشركة هو العقد فنفيها مع عدم العقد نفي لأثر العقد وإبطال له إلا أنه .

قال ابن حزم(٣): أنه لا بد أن يخلطا المالين إذ به صارت بينهما تلك الجملة مشاعة فما ابتاعا بمال فمشاع بينهما، وإذا كان كذلك فقيمة أصله وربحه مشاع والخسارة بينهما، وأما إذا لم يخلطا فمن الباطل أن يكون لزيد ما ابتاع بمال عمر أو ما ربح في مال غيره أو ما خسر في مال غيره، لقوله تعالى﴿ **وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا** ﴾(٤) انتهى، ولا يخفى قوته.

(ب) **قوله:** لأن الكفالة تصح بما سيثبت في الذمة، أقول: يأتي للشارح في بابها اختيار مذهب الناصر أنها لا تصح في ذلك، وقوله: وأما تصحيحها إلخ فما ظهر وجه ذكره هنا.

---

(١) (٢ / ١١٩) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٩١) .

(٣) في " المحلى " (٨ / ١٢٤) .

(٤) [سورة الأنعام : ١٦٤] .

كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وأما تصحيحها لغير معين فيحتاج إلى مخصص هنا وإلا فهو مشكل وهذا معنى قوله: (**له ماله وعليه مما عليه**) لأنه لف ونشر مرتب .

وأراد بقوله: (**مطلقاً**) سواء علم أحدهما بتصرف الآخر أو لا (**وفي**) تعلق ضمان (**غصب استهلك**) أي استهلكه أحد الشريكين (**حكماً**) لصاحبه نحو أن يطحن طعاماً للغير (**و**) كذا لو دخل صاحبه في (**كفالة بمال**) صادراً دخوله فيها (**عن أمر الأصل**) وهو المكفول عليه (**خلاف**) ذهب أبو العباس [1] وأبو طالب وأبو حنيفة [2] إلى لزوم [أ] أحد الشريكين لما فعله صاحبه من الأمرين ومنعه المؤيد وأبو يوسف ومحمد وقواه شيخنا لأنه من خلاف موجبها، فأما الكفالة [ب] بالوجه فاتفقوا على عدم لزومها [٤/٢] للشريك لظهور عدم تعلقها بمال الشركة.

(أ) **قوله:** إلى لزوم أحد الشريكين لما فعل صاحبه، أقول: استدل له في "البحر" [3] بأنه كالتجارة المرجوعة على المتكفل ويكلف المستهلك بعوضه، واختار هذا لأنه استدل للمؤيد ومن معه بأنه ليس بتجارة، وأجاب عنه بقوله قلنا معاوضة فأشبهتها، ورده "المنار" [4] بقوله أما الاستهلاك فما أبعده عن المعاوضة، وطلب الأرباح وإن اتفق في بعض الصور فإنما هو ضرر ومخاطرة، وأما الكفالة فإن لزمت فمن غير هذا الوجه، وإلا فأي كسب في الكفالة، انتهى. وهو الذي قواه شيخ الشارح السيد محمد المفتي رحمه الله.

(ب) **قوله:** فأما الكفالة بالوجه، أقول: هو بيان لمفهوم قوله مال وزاد الأثمار "نحو" قال شارحه أراد بنحو المال العمل، والله أعلم [٤/٢].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٩١ – ٩٢) .

(٢) " شرح فتح القدير " (٦ / ١٦٦) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٩٢) .

(٤) (٢ / ١١٩) .

فصل

(**ومتى غوبن أحدهما فاحشاً أو وهب أو أقرض ولم يجز الآخر أو استنفق في مالها أكثر منه و**) لم يبره و (**غرم**) نصيب شريكه مما استنفق (**أو ملك نقداً زائداً**) فبعد هذا كله قد تفاضلا وبالتفاضل (**صارت عنانا**) إلا أنها لا تصير عناناً بملك النقد الزائد إلا (**بعد قبضه أو وكيله**) له لما عرفت من أن الملك قبل القبض غير مستقر لأنه في مظنة التعذر (**لا**) أن قبض (**حويله**) كقبض وكيله في إبطال المفاوضة لأن الحويل قبضه لنفسه بخلاف الوكيل فقبضه للموكل.

وأما قوله: (**ولا**) تصير عناناً (**قبله**) أي قبل قبض النقد الزائد فتصريح بمفهوم بعده ليرتب عليه قوله: (**إلا في ميراث المنفرد**) أي الذي لا وارث للميت غيره فإن الميراث يكون حكمه حكم المقبوض وإن لم يقبض، وقال الناصر والمؤيد[1] لا فرق بين المنفرد وغيره والاحتياج إلى القسمة في الميراث المشترك ليس بمانع من تحقيق الملك لأن استقرار الملك للميراث قهري لا يفتقر إلى سبب غير الموت.

وأما مجرد إمكان التلف فحاصل في المقبوض فليس بمانع من استقرار الملك وهذا قياس[أ] تضعيف القيل المتقدم في الزكاة.

فصل: ومتى غبن أحدهما

(أ) **قوله:** وهذا قياس تضعيف القيل المتقدم في الزكاة، أقول: يريد به قوله هناك ويعتبر بحول الميت ونصابه، والشارح تقدم له تقوية القيل وكلامه هنا يوافق تقويته لما سلف وفي شرح الفتح، واعلم أن ظاهر "الأزهار" وأمه التذكرة وشروحه و"البحر"[2] أنها لا تبطل بمجرد الملك، بل لا بد من القبض ولو في الميراث غير المنفرد، والذي تقتضيه الأصول الممهدة والقوانين المصححة أن الميراث لا يحتاج إلى قبض، إذ قد ثبت له جميع أحكام الملك من كل وجه، ولذا كان القوي أنه لا يبنى على حول الميت ونصابه بل بحول من غير فرق بين المنفرد والقبض وغيره كما مر، والأبواب سواء في أحكام

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٣٩) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٩٣) .

الثانية (*العنان*) وهذه هي المشروعة المشهورة في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبعده التي[أ] دخل فيها النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع السايب بن أبي[1] السائب كما تقدم دليله ودخل فيها البراء بن عازب وزيد بن أرقم كما تقدم في الربويات، وعند أحمد[2] أنهما اشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه حتى استدل به البعض على جواز تفريق الصفقة وهو عند البخاري بغير هذا السياق وأما قول[ب] مالك[3] لا أعرف

الملك ولا خاص لهذا الموضع ولذا إنه لا يصح من أحد الورثة بيعه قبل قبضه كما في الزهور إلى أن قال: فعرفت أن الميراث يبطل من غير فرق بين المنفرد والمتعدد والقبض وغيره وهذا مذهب الإمام[4] يحي وقرره أمامنا، انتهى. والشارح قد جرى على أصله الماضي من تقوية القيل وشارح "الفتح" جرى على أصل تضعيفه.

(أ) **قوله:** التي دخل فيها النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أقول توجيه أنها هي وفي الجزم بها تردد.

(ب) **قوله:** وأما قول مالك لا أعرف العنان، أقول: مثله في "البحر"[5] ولم ينسبه إليه في "نهاية المالكية"[6] بل قال وشركة العنان متفق عليها، وإن كان بعضهم لا يعرف هذا اللفظ وقوله الأظهر

---

(1) عن أبي المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ النبي صلى فأمرهما أن ماكان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه " .

أخرجه أحمد (٤ / ٣٧١) والبخاري في صحيحه رقم (٢٤٩٧ ، ٢٤٩٨) .

وهو حديث صحيح .

(2) في " المسند " (٤ / ٣٧١) .

(3) انظر : " عيون المجالس " (٤ / ١٦٧٧)

وقيل : إنه قول ابن القاسم .

انظر : " شرح حدود ابن عرفة " (٢ / ٤٣٥) .

(4) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٣٩) .

(5) " البحر الزخار " (٤ / ٩٣) .

(6) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٧) بتحقيقي .

العنان فمراده لا أعرف مناسبة الاشتقاق والأظهر فيها كسر العين تشبيهاً للشريكين بطاقتي عنان الفرس بتعاضدهما على ضبط التجارة تعاضد طاقتي العنان على ضبط الفرس من جانبي لحييه (**وهي**) جائزة من كلا الطرفين.

وصورتها (**أن يعقدا على النقد**) وأما اشتراط وقوع العقد (**بعد الخلط**) فلا وجه له (**أو**) إذا أرادا إدخال (**العرض**) في مالها تبايعا كما تقدم في المفاوضة وخلطاه (**بعد التشارك**) فيه ولا يشترط فيها التساوي كالمفاوضة بل يصح ٠

(**ولو**) كان أحد الشريكين (**عبداً أو صبياً مأذونين أو متفاضلي المالين فيتبع الخسر بالمال مطلقاً**) ولو شرط خلافه لغا وهي معنى الجائز (**وكذلك**) يتبع (**الربح**) المال (**إن أطلقا أو شرطاً**) عطف على المحذوف بعد لو أي أنها تصح ولو شرطا (**تفضيل غير العامل**) لا كالمفاوضة (**وإلا**) يطلقا ولا يفضلا غير العامل (**فحسب الشرط**) الواقع بينهما يكون (**ولا يصير أحدهما فيما يتصرف فيه الآخر وكيلاً ولا كفيلاً**) بل يختص كل منهما بلوازم تصرفه، وإن كان فيما يتصرف فيه من نصيب شريكه وكيلاً لشريكه كالوجوه ولو حذف لفظ وكيلاً لكان هو الصواب

كسر العين، في "الغيث" عن الانتصار أنه بفتح العين وكسرها والفتح أكثر وفي الضياء ذكر العنان في باب الكسر، وفي "الصحاح "[1] ذكره مضبوطاً بالكسر وهو بالفتح مشتق من عنَّ الشيء إذا ظهر ومنه عنان السماء وهو ما عرض فيها من السحاب، ووجه الشبه أنهما يشتركان فيما ظهر من العروض أو من عنَّ لي كذا لما اشتركا فيما عرض من المال، وأما بالكسر فمن عنان الفرس قال في الانتصار لما كان الفارسان يشترك عنانهما عند المسابقة وهذه يستوي فيها المال أي يشتركان في ربحه وخسره [٣/٤].

---

(١) للجوهري (٦ / ٢١٦٦) ٠

لظهور أن غير المتصرف لا يكون وكيلاً فيما يتصرف فيه غيره، وإن صح أن يكون كفيلاً به.

الثالثة: وشركة (***الوجوه وهي أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان أو اشترى***) بنقد (***جزءاً معلوماً ويتجر***) له (***فيه***) وقال [٣/٤] الشافعي[١] لا تصح هذه الشركة.

قلنا : وكالة كغيرها قالوا فيلزم الإضافة إلى الموكل، قلنا ملتزم وعقد الشركة معناه ذلك، وقد أخرج البخاري[٢] من حديث زهرة بن معبد عن جده عبدالله بن هشام وكان قد أدرك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فدعا له بالبركة أن ابن عمر وابن الزبير كانا يلقيانه في السوق فيقولان له: أشركنا فيما شريت فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد دعا لك بالبركة فيشركهما[أ] فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل.

(***و***) أما قوله (***يعينان الجنس إن خصا***) فكلام[ب] لا حاصل له في قوة ويخصان أن خصا (***وهي كالعنان***) في أحكامها (***إلا في لحوق الربح و***) لا حاجة

(أ) **قوله:** فيشركهما، أقول: هذا فعل صحابي إلا أن وجه الدلالة كون الثلاثة من الصحابة فعلوه، ولم ينقل عن غيرهم ما يخالف ذلك فكان حجة وفيه تأمل.

(ب) **قوله:** فكلام لا حاصل له، أقول: ولذا حذفه الأثمار، قال الوابل حذفه لأنه لم يظهر له فائدة، قال ابن بهران: إذ هي مبنية على التوكيل فإن أراد جنساً مخصوصاً ذكره وإلا كانت عامة كما في الوكالة وفي الغيث ويعينان الجنس الذي يتصرفان فيه حتماً لأن هذه الشركة مبينة على التوكيل ولا تصح الوكالة ما لم يبين الموكل جنس ما يوكله بشرائه وصفته.

---

(١) قال القاضي العمراني في " البيان " (٦ / ٣٧٤) وأما شركة الوجوه فهي باطلة عندنا ، وهي : أن يتفقا على أن يشترى كل واحد منهما بوجهه ، ويكون ذلك شركة بينهما وإن لم يذكر شريكه عند الشراء ، ولا نواه .

وقال أبو حنيفة : تصح .

(٢) في صحيحه رقم (٢٥٠١ ، ٢٥٠٢) .

إلى ذكر (**الخسر**) لأنه فيهما كليهما يلحق بالمال (**مطلقاً**) وإنما الذي يقف في العنان على الشرط هو الربح فقط.

الرابعة شركة (**الأبدان**[أ]) ومنعها الشافعي[١] والليث[٢] وابن حي قلنا الأصل البراءة عن المانع، قالوا: عقد على تحصيل ما لا يعلم حصوله كالطير[ب] في الهواء إذ التقبل في العمل فرع عن وجود المتقبل، ولا يمكن تحصيله فهو كالاستئجار على غير مقدور، قلنا مثله في العنان لجواز أن لا يجد ما يتجر فيه ورد بأنه إنما يلزم لو عينا التجارة في جنس لا يعلم حصوله وامتناع عقد العنان على مثله ملتزم .

وصفتها (**أن يوكل كل**) واحد (**من الصانعين الآخر أن يتقبل**) العمل (**ويعمل عنه في قدر معلوم مما استؤجر عليه**) مضيفاً عند القبض إلى من وكله أيضاً قدر ما وكله فيه، وإلا كان العمل لنفسه (**ويعينان**) أي يعين كل منهما

(أ) **قوله:** الأبدان، أقول: قال المصنف إنما سميت الأبدان لأنهم يعملون بأبدانهم وتسمى شركة الوجوه لأنهما يتقبلان بوجوههما وتسمى شركة الأعمال قال وهي توكيل قال المصنف شركة المفاوضة معقودة على الضمان اتفاقاً فما لزم أحدهما لزم الآخر، وشركة العنان والوجوه معقودتان على التوكيل اتفاقاً فما لزم أحد الشريكين لم يلزم الآخر، وأما شركة الأبدان ففيها خلاف وأطال بذكر الخلاف فمن أحبه راجعه.

(ب) **قوله:** كالطير في الهواء، أقول: أي كبيعه في الهواء فإنه عقد على ما لا يمكن حصوله إلا أنه لا يخفى أن وجود العمل ممكن قريب وخلافه نادر والاعتبار بالإمكان.

---

(١) " روضة الطالبين " (٤ / ٢٧٩) .

(٢) انظر : " المغني " (٧ / ١١١) .

(***الصنعة***) التي يعمل فيها كل [واحد][1] منهما وإن اختلفت[أ] وقال مالك[2] وزفر اتفاقها شرط لأن مبناها على الضمان المستلزم لمطالبة المستأجر لكل منهما، فإذا لم يقدر أحدهما على صنعة الآخر تكون الإجارة على غير منفعة مقدورة للأجير، قلنا: بل هي توكيل محض قالوا بل هما أجيران للمستأجر وكل واحد أجير لصاحبه أيضاً معاوضة منفعة بمنفعة فهو ضامن له بالعمل وعليه تسليمه.

قلنا: إن سلم الضمان فهو تبع للتوكيل (***و***) لا يخفى أنه لا يساعده كون (***الربح والخسر فيهما يتبعان التقبل***) لأنهما فرع للضمان بالعمل والضمان على قدر التقبل ولو علقنا الضمان بالمتقبل وحده لما استحق غيره أجرة لأن الغنم بالغرم، وقد تبين من ذلك شرح قوله.

(***وهي توكيل في الأصح***) وهو قول المؤيد[3] وتخريجه خلاف أبي حنيفة [4]وأحد قولي أبي العباس[5] وأبي طالب (***وتنفسخ باختلاف الصانعين***) أي تشاجرهما (***في***

(أ) **قوله:** وإن اختلفت، أقول: في "المنار"[6] كلو اشترك حائك وصباغ ونجار وقصار فإنها من شركة الأبدان ويحتمل أنها مقيسة عليها وإن لم يضعوا لها اسما وهذه الصورة تصدق على ما عليه الناس من اجتماع الإخوة في بيت وأملاكهم مخلوطة وأعمالهم كل يتولى جهة من نساء ورجال وكان شيخنا القاضي مهدي الحسوسة لا يحكم بهذه الشركة ويقول ليست من الشرك الأربع والذي ذكره الإمام أقرب وأحق بالاتباع، انتهى. وفي كلام الشارح ما يشعر باختياره.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى.

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٨٠ مسألة رقم ١١٨٤).

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٠).

(٤) " بدائع الصنائع " (٦ / ٦٣).

(٥) " البحر الزخار " (٤ / ٩٥) و " شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٠).

(٦) (٢ / ١٢١).

الأجرة أو الضمان) أي قدر قسمتها (**والقول لكل**) منهما في قدر أجرة (**ما هو في يده لا**) أنها تنفسخ (**بترك أحدهما العمل**) بل لتاركه نصيبه من أجرة العامل.

قال المصنف: لأنهما عقداها على أن ما حصل لأحدهما فهو مشترك وفيه نظر، لما نبهناك عليه من أنها معقودة على معاوضة منفعة بمنفعة، فإذا بطل العوض بطل المعوض، وأما[أ] حديث[1] الذي كان [٤/٤] يلازم المسجد وصاحبه يلازم السوق فشكا ملازم السوق إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من ترك صاحبه العمل فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لعلك، إنما رزقت ببركة ملازمته المسجد "كما ثبت عند (**مبيض في الأصل**) فلا ينتهض على الاستحقاق وإن انتهض على أولوية المعاونة على البر والتقوى.

تنبيه: إذا دخل الشركاء في الشركة مطلقة عن التقييد بنوع من أنواعها عم جميع الأنواع فكانوا شركاء عنان ووجوه وأبدان وكان الاشتراك في العنان على قدر المال وفي الوجوه والأبدان على الرؤوس وعلى ذلك جرى العرف في هذه الأزمان وجرى العرف

(أ) **قوله:** وأما حديث.. إلخ، أقول: بيض له الشارح وقد خرجه الترمذي[1] والحاكم[2] عن أنس بلفظ" لعلك ترزق به " قال في التنوير وأصله أنه كان أخوان أحدهما يحترف والآخر يأتي النبي صلى الله عليه وآله وسلم فشكا المحترف أخاه فقال صلى الله عليه وآله وسلم له لعلك ترزق به "أي بسببه وليس فيه دليل على أن ما حصله المحترف مشترك بينهما"، والله سبحانه أعلم [٤/٤].

---

(١) أخرجه الترمذي في " السنن " رقم (٢٣٤٥) وهو حديث صحيح •
من حديث أنس بن مالك وفيه فقال : " لعلك ترزق به " وسيأتي • نصه •

(٢) في " المستدرك " (١ / ٩٣ - ٩٤) •
وهو حديث صحيح •

أيضاً على أن ما دل على إجازة أحدهما تصرف الآخر عنه كفى في تصحيح الاشتراك كما يكفي في تنفيذ عقد الفضولي، وقد غفل كثير من الحكام عما ذكرنا فأخلوا.

(فصل)

(***وتنفسخ كل هذه الشرك***) الأربع (***بالفسخ***) وهو ظاهر (***والجحد للوكالة***) [و][1] ينعزل[أ] به المجحود توكيله مطلقاً والجاحد في حضرة[ب] المجحود فقط (***والردة***) قيل بشرط اللحوق ولا حاجة إليه لأن اتفاق الملة شرط حذراً من دخول الكافر فيما لا يستجيزه المسلم وقد تقدم (***والموت***) لأن الوكالة تنفسخ به كما سيأتي (***ويدخلها التعليق بالشرط***) المستقبل (***والتوقيت***) كما تقدم مثله.

فصل وتنفسخ كل هذه

(أ) **قوله:** وينعزل به، أقول: أي بالجحد إذا جحد أحدهما عقد الشركة فتبطل لأن ذلك عزل لنفسه من الوكالة ولصاحبه من التوكيل.

(ب) **قوله:** في حضرة المجحود فقط، أقول: هذا على قول الفقيه ع[2] قال المصنف ويصح عزله لصاحبه في الغيبة والشارح اختار الأول.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) أي الفقيه علي .

" شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٢) .

باب
شركة الأملاك

(فصل)

إذا كان لرجل أعلى الدار والآخر سفلها فإنه (**يجبر**[أ] **رب السفل الموسر على إصلاحه**) وقال زيد[1] والناصر والفريقان[2] لا يجبر لنا أن بقاء[ب] العلو على السفل حق لمالك العلوي وكل حق يجب تمكين مستحقه منه فبقاء العلو على السفل يجب تمكين مستحقه منه ولا يتم إلا بإصلاحه وما لا يتم الواجب إلا به يجب بوجوبه، كما علم، وأجيب بأن المستحق هو البقاء على ما كان عليه باقياً عليه لا على بدله فأين دليل إيجاب البدل وتحقيقه أن الصغرى[ج] دائمة بدوام وصف موضوعها أي البقاء على السفل حق ما دام على السفل فإذا فرض[د] أن الأسفل فلا حق حينئذ ضرورة ففناء الحق بفناء متعلقه

(أ) **فصل:** يجبر رب السفل، أقول: في شرح "الأثمار" أن السفل بالفتح والضم ومثله العلو.

(ب) **قوله:** لنا أن بقاء العلو، أقول: عدل عن تقرير دليل المصنف الآتي وهو قوله لينتفع هذا لما يأتي من الاعتراض عليه.

(ج) **قوله:** أن الصغرى، أقول: هي قوله وبقاء العلو على السفل حق لمالك العلو فموضوعها البقاء وصفته الدوام على السفل فالحكم بإيجاب بقاء العلو مقيد بالدوام على السفل ودليل التقييد أنه إذا فنى السفل فنى الحق بفناء متعلقه هذا تقرير مراده إلا أنه لا يخفى أن فناء الحق بفناء متعلقه على غير محل النزاع لأنهم يقولون الحق لا يفنى بل هو ثابت فيجب إرجاع متعلقه ولأنه يلزم على هذا أن يجوز لرب السفل هدمه، وهذا إضرار إلا أن يقال فناء المتعلق هو إبطال الحق لا إفناؤه ولا يتم.

(د) **قوله:** فإذا فرض أن الأسفل، أقول معنى فرضيته عدمه وهو موجود ثابت فيه الحق للغير وهو حمله لعلوه فما معنى هذه الفرضية التي لا دليل عليها ولا ملجأ إلى القول بها إلا محبة الخلاف لما قاله المصنف وغيره ولا شك أن ما قالوه هو العدل الذي أمر الله تعالى به بين عباده.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٩٦ – ٩٥) .

(٢) " بدائع الصنائع " (٦ / ٦٥ – ٦٦) .

كما لو ماتت[أ] الدابة المستأجرة أو هزلت فإنه لا يجب إبدالها اتفاقاً وإن تعلق بها حق.

نعم هما مشتركان في استحقاق البقاء على هواء السفل وقراره فلرب العلو إبدال منهدم السفل لبقاء حقه في هوائه وقراره، ولصاحب السفل الخيار بين تسليم الغرامة أو أخذ قيمة السفل منهدماً.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو بيع السفل قبل التعلية واستثنى بائعه التعلية فانهدم السفل قبل فعلها فإنه لا يجب على مشتريه إصلاحه لتفعل هي وفيه[ب] نظر لأن الحق يثبت بالاستثناء لا بالتعلية، وأما تعليل المصنف للإجبار بقوله: (**لينتفع رب العلو** [1])

(أ) **قوله:** كما لو ماتت الدابة، أقول: قد يقال فرق بين الأمرين فإن لرب العلو حق في قرار الأرض فلا يبطل بانهدام السفل، غايته أنه حق بواسطة وسيرجع الشارح إلى هذا.

(ب) **قوله:** وفيه نظر، أقول: يتأمل في تطبيق التعليل على التنظير وفي الغيث في تعليل ضرر الاستثناء لأن التعلية غير مستحقة لصاحبها هنا إلا حيث السفل معمور لأن المستثنى كأنه قال إذا شئت التعلية إن كان البناء قائماً.

---

(١) قوله : " فصل " يجبر رب السفل الموسر على إصلاحه " .

أقول : وجه هذا الإجبار أنه قد ثبت لرب العلو حق في السفل ، وهو استقرار بنائه عليه ، فإذا اختل السفل وترك مالكه إصلاحه كان ذلك سبباً لذهاب هذا الحق ، ولكن لا يخفاك أن إجبار المالك على إصلاح ملكه لينتفع من له حق متعلق به يحتاج إلى دليل ، فإن هذا مخالف لما جرت عليه القواعد الشرعية من وجهين : الوجه الأول : أن المالك إذا رغب عن ملكه كان ذلك له فكيف يجبر على إصلاحه ، الثاني : أن مال رب السفل معصوم بعصمة الإسلام فلا يحل إلا بشرع يخصص هذه العصمة الثابتة بأدلة الكتاب والسنة ، ولا سيما وهذا الإجبار واستهلاك المال لغرض يعود على الغير ، ونفع لا ينتفع به المالك فهو قائم في ذلك مقام ملكه .

أما إذا علم أن رب السفل راغب في إصلاح ملكه ولكنه كان معسراً أوغائبا فلا بأس بنيابة رب العلو عنه في الإصلاح ، وله أن يطالبه بما غرم ، فإن سلم ذلك فذاك وإن لم يسلم له ذلك كان له حبسه أو تأجيره من الغير ، أو استعماله بقدر ما غرم ، وأما إذا تمرد ورغب عن إصلاح ملكه فالكلام فيه كما قدمنا .

" السيل الجرار " (٢ / ٨٠٢ – ٨٠٣) .

فهوس(أ) يستلزم إجبار مؤجر العين على إبدالها لينتفع المستأجر وإجبار البائع على إبـــدال المبيع التالف في يده لينتفع المشتري (**فإن غاب**) رب الســـفل (**أو أعسر أو تمرد فهو**) أي رب العلو ولي الأصلاح(ب) لمنهدم السفل ولا يحتاج إلى حاكم.

وقال المؤيد بالله: الفريقان لا بد من أمر الحاكم لنا مضطر إلى حفظ حقه عن القوت [٤/٥] فكان كإنفاق البيهمة المشتركة كما تقدم في النفقات، ولأن الدخول في الشركة توكيل للشريك فيما يرجع إلى صلاح المشترك كما تقدم في المكاسب ولحديث" لا ضرر ولا ضرار".(١)

(**و**) إذا أصلح رب العلو السفل فله أن (**يحبسه**(٢)) حتى يسلم مالكه الغرامـــة كما يحبس الأجير المعمول فيه لاستيفاء الأجرة (**أو يكريه أو يستعمله بغرمه**) بغير حكم كما تقدم إلا أن قياس الإكراء ونحوه أن لا يكون إلا بحكم ولا يقاس على الإصلاح لأن الإصلاح كإنفاق البهيمة يستقل به كل من الشريكين بخلاف الإكراء لاستيفاء الدين

(أ) **قوله:** فهوس، أقول: بعد تقدم الفارق فلا هوس.

(ب) **قولـه:** ولي الإصلاح لمنهدم السفل، أقول في "الفتح " بآلة الأول [و](٣) لا بغيرها ولا يزيد عليها إن كفت، فأما لو لم يمكن بها أو لم تكف فمنه ويكون البناء على صفته في القدر وغيره فـــإن فعلــه بالآلة منه لعدم الأولى رجع وإن فعل مع وجودها أو أدنى أو أعلى فحيث تميزت الآلة خُيِّر بين رفعها وأخذ قيمتها إن رضي المالك، وحيث لم تتميز ولم يمكن نقضها إلا بنقض غيرها أو زاد في الصفة فلا شيء له إذ هو متعد وكذا إن كانت أدنى منها لكنه إذا احتاج في بعضها إلى مؤنـــة وجبـــت عليـــه [٤/٥].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٥).

(٣) زيادة من نسخة أخرى.

ونحوه (**ولكل**) من رب العلو ورب السفل (**أن يفعل في ملكه ما لا يضر**) بالقوة[أ] أو بالفعل (**بالآخر**) بناء على أن تمايزهما صدر[ب] عن قسمة لئلا يخالف ما سيأتي من تجويز فعل ما يضر الجار وما لا يضر أعم (**من تعلية وبيع وغيرهما**) لكن في اشتراط عدم ضرر البيع نظر، فإن له[ج] أن يبيع وإن ضر ولأن الضرر مندفع باستحقاق الشفعة وفي تجويز التعلية نظر أيضاً لأن حق الاعتماد على السفل إنما هو للثابت[د] قبل القسمة أو لما شرط زيادته حالها وإلا لم يستحق ولأنه مظنة ضرر فهو مضر بالقوة وإن لم يضر بالفعل،

(أ) **قوله:** بالقوة أو بالفعل، أقول: في الحال أو يؤول إلى الضرر، واعلم أنه صرح في شرح اللمع أن المراد بالضرر أعم من أن يكون بفساد بناء صاحبه أو باطلاع أو برائحة تكره أو بغير ذلك [٤/٥].

(ب) **قوله:** صدر عن قسمة، أقول: هذا القيد لم يكن في "الأثمار" ولا "الفتح "ولا "الغيث" ولا غيره إلا أن في حواشي الشرح عن المفتي شيخ الشارح أن ما كان عن قسمة أو اشتراك في العلو والسفل والمجرى على سواء في اعتبار عدم الضرر، انتهى. وبه تعرف أنه قد جعل الاشتراك في العلو والسفل كالاشتراك عن قسمة، فلا حاجة إلى هذا القيد الذي أتى به الشارح بل هو باطل، إلا أنه كان له أن يأتي بهذا الذي أتى به شيخه ثم يطالب بوجه ذلك.

(ج) **قوله:** فإن له أن يبيع وإن ضر، أقول: لم يستدل له مع عموم لا ضرر ولا ضرار، وفي شرح الأثمار أنه لا يكريه من نحو الحداد والقصار لأن لكل منهما حقاً في ملك الآخر فلا يجوز له أن يفعل ما يضره، فكذا يقال هنا أنه ليس له البيع ممن يضر الآخر، وأما كون له الشفعة فهذا تضييع لحق ثابت بحق سيثبت وقد لا يتم له ثبوته.

(د) **قوله:** إنما هو للثابت قبل القسمة، أقول: هذا بناء على ذلك القيد، وسلف أنه باطل، وفي شرح "الأثمار" عن أبي حنيفة [1] لا يجوز والتعلية والإكراء ونحوه لأنها لا تؤمن المضرة، وإن لم تحصل في الحال، انتهى.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (٧ / ٥٠٠ – ٥٠١) .

(**و**) كل منهما (***يضمن ما أمكنه دفعه من إضرار نصيبه***) أما إضرار خلل السفل بالعلو فتقدم الكلام فيه، وأما إضرار خلل العلو بالسفل فمما لا ينبغي أن يختلف في وجوب دفعه لأنه إنما يستحق بقاء العلو صالحاً كما كان عليه حال القسمة لا على حالة خلافها، ولهذا لا يثبت له زيادة التعلية إلا بشرط حال القسمة كما نبهناك عليه.

(***وإذا تداعيا السقف***) ولا بينة على اختصاص أحدهما به (***فبينهما***) بقاء على أصل عدم القسمة، وقال مالك لصاحب العلو وقال أبو حنيفة[1] لصاحب السفل وهو الحق لتلازم السقف ومنزل تحته، ولا تلازم بينه وبين منزل فوقه والتلازم[أ] من أقوى الأدلة.

(**و**) إذا تداعى المتشاركان في حيازة (***الفرس***) بالركوب والقود فهي (***للراكب***) لأن يده أقوى (**ثم**) إذا كانا راكبين فهي (***لذي***) الركوب في (***السرج***) وإذ تداعى (***الثوب***) المشتركان في قبضه باللبس والإمساك فهو (***للابس و***) إذا تداعى المشتركان في (***العرم***) المتوسط بين أرضيهما فهو (***للأعلى***) إن كان هناك علو وإلا فبينهما، ولا يخفى أن حق هذه الدعاوى كلها أن تؤخر إلى كتاب الدعاوى.

قلت: الأحسن أن يقال إن إكراه من مثله أو علا عليه ما يقول ذو الخبرة أنه لا يضر فالقياس الجواز.

(أ) **قوله:** والتلازم من أقوى الأدلة، أقول: أما بعد وجود علو وسفل فالعلو يلازم السفل كما يلازم الأسفل القرار لأنه ظله وكنانه لا فرق بينهما فالأقرب ما قاله الشافعي كما في "الغيث"[2] أنه قال الشافعي أنه بينهما، واختاره المنصور للمذهب.

---

(١) " الهداية شرح بداية المبتدئ " (٣ / ٦٦ – ٦٧) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٥٨ – ٤٥٩) .

(فصل)

(*ولا يجبر الممتنع عن إحداث حائط بين الملكين*) على إحداثه (*أو*) إذا كان موجوداً فلا يجبر الممتنع (*عن قسمته*) عليها إما لأن القسمة تضره أو لأن القسمة لا تعود بنفع فهي سفه فلا يجاب طالبه إليه إلا أن العلتين لا ينتهضان على إطلاق[أ] المنع الشامل للمنع عن قسمة ما لا تضره القسمة وما لا يحصل بها نفعٌ.

واحترز بقوله: (*غالباً*) عما لو لم يكن الحق في الحمل عليه إلا لأحدهما فإنه يجبر [٦/٤] من لا حق له عليها، وهذا وهم لأن الاختصاص[ب] بالحمل طرد لا مناسبة فيه لإيجاب القسمة (*بل*) يجبر كل منهما .

فصل ولا يجبر الممتنع.. إلخ

(أ) **قوله:** على إطلاق المنع، أقول: هو كما قال فليقيد الإطلاق بما تضره القسمة وبما لا نفع في قسمته، والتعليل دليل التقييد، والله سبحانه أعلم [٦/٤].

(ب) **قوله:** لأن الاختصاص بالحمل طرد.. إلخ، أقول: هو كما قال فإنه بعد اشتراكهما في الجدار وإن اختص أحدهما ببعض منافعه فإنه لا يوجب إجبار شريكه على القسمة، نعم لو كان بسبب عدم القسمة يبطل حق الشريك من الاختصاص بالحمل أجبر على القسمة [لشريكه][1] ليتم انتفاع شريكه بما هو له من الحمل.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(**على إصلاحه**) لأنه قد ثبت الحق في قيامه لكل واحد منهما (**ولا يفعل أيهما فيه غير وضع له من سترة وتحريزٍ وحِمْلٍ**) إلا أن كون[أ] الغرض المخصوص مانعاً للمالك عن ملكه، حكم شرعي يفتقر إلى دليل شرعي. نعم: لو استعمل فيما ينافي ما وضع له مع حاجة أحدهما إلى استعماله في ما وضع له لم يجب مخرجه عن الموضوع له (**و**) أما قوله أن أحدهما (**لا يستبد به** [1]) فإن أراد أنه يقسمه فوهم وإن أراد لا ينتفع به إن لم ينتفع به صاحبه فوهم أيضاً، وإن أراد أنه[ب] لا يستغرق منفعة مع حاجة شريكه

(أ) **قوله:** إلا أن كون الغرض المخصوص مانعاً للمالك من ملكه.. إلخ، أقول: ما منع المالك عن ملكه من حيث هو ملكه بل منع من حيث أنه مشترك فهو بفعله غير ما وضع له مستعمل لحقه وحق غيره فتأمل.

(ب) **قوله:** فإن أراد أنه لا يستغرق منفعته، أقول: هذا الطرف هو مراده وكونه كالسماء فوقنا في المعلومية غير مسلم فالأحكام الشرعية كلها لا تعرف إلا عن الشارع وليست من المحسوسات كالسماء فوقنا.

تنبيه: إذا كان الجدار للستر أو للتحريز فليس لأحدهما أن يغرز فيه خشبة إلا بإذن صاحبه لأنه لم يوضع لذلك، وقال الشافعي[2] أن له الغرز سواء كان الجدار مشتركاً أو ملكاً لجاره لما أخرجه البخاري[3] ومسلم[4] وغيرهما[5] من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) لأن في ذلك افتياتاً على شريكه ، واستغراقاً لحقه الثابت وأما ما مع الإذن فظاهر أنه يجوز للمأذون أن يفعل غير ماوضع له وأن يستبدله .

" السيل الجرار " (٢ / ٨٠٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ٢٦١) .

(٣) في صحيحه رقم (٢٤٦٣) .

(٤) في صحيحه رقم (١٣٦ / ١٦٠٩) .

(٥) كأحمد (٢ / ٢٣٠ ، ٢٧٤ ، ٤٤٧) وأبو داود رقم (٣٦٣٤) والترمذي رقم (١٣٥٣) وابن ماجه رقم (٢٣٣٥) ومالك (٢ / ٧٤٥ رقم ٣٢) والبيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٦٨) .

إلى نصيبه فكالسماء فوقنا، وقوله: (**إلا بإذن الآخر**) قيد لفعل غير مـا وضـع لـه وللاستبداد ولا حاجة إليه لأن الكلام فيما يحكم به الحاكم لا ما يقع به التراضي.

(**فإن فعل**) أحدهما أحد الأمرين (**أزال**) ما فعل .

(**و**) إذا كانا متصادقين على الاشتراك في ملك الجدار ولأحدهما استعمال لـه في منفعة غير المنفعة التي وضع لها، وادعى أن ذلك الاستعمال حق له يختص به دون شريكه،

قال : " لا يمنع أحدكم جاره إن يغرز خشبته في جداره " قال : ثم يقول أبو هريرة : مـالي أراكـم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أظهركم ، وهذا قول الشافعي في القديم .

قلت: والحديث دليل على أنه يحرم منع مالك الجدار لجاره وأنه حق للجار، وأما [أنه] [1]هل للجار أن يغرزها وإن كان مانعاً له رب الجدار؟ الظاهر أن له ذلك كسائر الحقوق التي تؤخذ كرهاً مـن مانعها عن مستحقها .

وقال الشافعي في الجديد[2]: إنه لا يحل له ذلك إلا بإذن، لقوله صلى الله عليه وآلـه وسـلم: " لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما أعطاه بطيبة نفس منه " أخرجه الحاكم[3] من حديث عكرمة عن ابن عباس، ورواه الدارقطني[4] من حديث نعيم عن ابن عباس.

قلت: والحق أنه لا تعارض بين الحديثين فإن حديث: " لا يحل لأحد " إلخ، عام وحديث: " لا يمنـع أحدكم جاره " خاص فالأول[5] عموم مخصوص بالآخر على أن المراد لا يحل له من مال أخيه مـا لم تطب به نفسه، وهنا قد منع الشارع مالك الجدار عن منع جاره غرز خشبته ولم يمنعه الشارع عـن المنع إلا والغرز حق للجار فيأخذه الجار ولو كرهاً على مانع الجدار فهو وإن كان الجدار مال أخيـه إلا أنه أثبت الشارع للجار فيه حقاً فلم يأخذ من مال أخيه شيئاً ويأتي في باب العارية زيادة في هذا البحث.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ٢٦٢) .

(٣) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٠١) .

(٤) في " السنن " (٣ / ٢٥) .

(٥) انظر تفصيله في" البيان " للعمراني (٦ / ٢٦٣) .

وأسند دعواه إلى ثبوت يده بالاستعمال فإنه (**لا يثبت**) له (**حق بيد**) لأنه كثيراً ما يتسامح بالمنافع فلا يدل الانتفاع على الاستحقاق .

ولهذا قيل الأصل في المنافع عدم الأعواض إلا أن[أ] حق العبارة أن يقال ولا يثبت الاختصاص بالمنفعة الأخرى باليد عليها لأن نفس المنفعة ثابتة بيد المالك كما نبهناك عليه آنفاً وقال المؤيد[1][ب] إذا ثبت الملك باليد فأحرى أن يثبت الحق بها لأن الملك حق وزيادة فما أثبت الأقوى أثبت الأضعف وأجيب بأن ذلك، إنما يتمشى في يد على حق في مباح الأصل لا في مملوك لاستلزام الملك استحقاق منع المالك للغير[ج] عن ملكه وهذا

(أ) **قوله:** إلا أن حق العبارة، أقول: هذا أمر هين والعبارة قد أفادت المراد وقد تابعه عليها "الأثمار" و"الفتح" ، وقوله فكما نبهناك عليه آنفاً يريد به قوله أنه مالك ولا يمنع المالك عن ملكه وفيه ما نبهناك عليه آنفاً.

(ب) **قوله:** وقال المؤيد، أقول: في "الغيث" وقال المنصور [2]وأحد قولي المؤيد ولم يذكر فيه دليل المنصور، والشارح استدل له بما ترى ورده وهو رد صحيح فإن المراد لا يثبت حق يده في مشترك أو في ملك خاص بالغير، فقول الشارح إنما يتمشى إلخ، صحيح.

(ج) **قوله:** لا يستلزم الملك المالك للغير. أقول: يقال هنا: هما مالكان وإنما يتم هذا في من لا ملك له إلا كمسألة الجدار المشترك.

واعلم أن المصنف قوى في "البحر"[3] كلام المؤيد، وكذلك الفقيه س وكان يفتي به ويقول لا يصلح الناس إلا هذا ويأتي للشارح أنه اختاره شيخه المفتي، وقال الإمام شرف الدين ينظر فإن كان في

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٤٦٧) .

(٢) انظره نصاً في " شرح الأزهار " (٧ / ٤٦٧) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ٩٨ – ٩٩) .

الاستحقاق ثابت بدليل مسلم هو الملك، وتسليم وجود الملزوم تسليم لوجـود الـلازم وذلك ينافي ثبوت حق للغير لا ببرهان غير اليد، وسيعيد ذلك في الدعاوى إن شـاء الله تعالى .

(**و**) الجدار (**إذا تداعياه فلمن بين ثم لمن اتصل ببنائه** [1]) بمعنى لم يكـن ملصقاً به بل مخلوطاً به (**ثم لذي الجذوع**) المحمولة عليه (**ثم لمن ليس إليه توجيه البناء ثم لذي التزيين أو التجصيص**) أما هذا فلا دلالة فيه.

وأما قوله: (**أو**) لمن إليه (**القمط**) أي العقد الذي (**في بيت الخص [٤/٧]**) فهو بمنزلة قفا البناء لأنه يجعل إلى داخل البيت ليكون[أ] مهندماً سالماً عن العقود (**ثم**) إذا

المجرى مثلاً عناية وعلامة وفعل لا يفعل العادة إلا بحق كالبناء والقضاض، وكذا السواقي التي تقـدم عهدها حتى تأسس فيها الزيل كان لليد حكم لأن العادة جارية أن ذا الحق لا يترك ذلك في ملكـه، وكذا المجال المكللة كان القول ما ذكره المؤيد، وإن كان مما يفعل في ملك الغير عادة من غير جـص ولا عناية فقول الهادوية، ثم إذا ثبت ذلك على كلام القولين وأراد مالكه تحويله فقيل يكون له ذلك وقيل لا وقواه الإمام في "البحر"[2] تمت، والله أعلم [٤/٧].

(أ) **قولـه:** مهندماً[3] أقول لم نجد في القاموس مادة هندم حتى نستوفيه فهو لفظ غـير لغـوي [اهـ اللجنة: ورد في المنجد هندم الشيء ظرفه وأتقنه = اللجنة][4].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٨٠٥) فوجهه أن هذه قرائن يستفاد بها الظهور والقول قول من معـه الظاهر فإذا لم تكن ثم قرينة تفيد ذلك اشتركا فيه إذا لم يبق سبيل إلى ما يصلح مستنداً للحكم به لأحدهما .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ٩٨ – ٩٩) .

(٣) هندم الرجل الأشياء هندمة : أصلحها على مقدار مناسب ونظام حسن والهندام : حسن القدد وتنظيم الملابس . معرب أندام بالفارسية .

" المعجم الوسيط " (ص ٩٩٧) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

لم يوجد أحد تلك القرائن ولا غيرها كان (***بينهما وإن زادت جذوع أحدهما***) لأن الكثرة والقلة سواء في الدلالة على ثبوت الحق وكان موضع ما ذكر كتاب الدعاوي.

(فصل)[أ]

(***ولا يُضَيَّق قرار السكك النافذة***) بما يضيق[ب] سعتها المعتادة (***ولا***) يضيق (***هواؤها بشيء***) أيضاً خلافاً للمؤيد[1] والشافعي [2]في الهواء محتجين بأن لا حق للمار في الهواء، فهو باق على[ج] أصل الإباحة إذ لا يتبع إلا الملك لا الحق والفرض أن

(أ) **فصل:** ولا يضيق قرار السكك النافذة، أقول: هذا الفصل معقود لبيان أحكام النوع الثالث من الشركة في الأملاك، وهي الشركة في السكك فقوله تضيق مجزوم بحرف النهي أي لا يجوز ويصح الضم على الأخبار، وبعدم الجواز صرح الأثمار وزاد مسبلة أو مشروعة أو منسدة، قال شارحه عدل عن عبارة "الأزهار" لأنها توهم أن ذلك الحكم ثابت في النافذة مطلقاً سواء كانت مسبلة أم لا وليس كذلك، ولأن قوله أو خاصة فيما شرعوه يوهم أن ذلك لا يجوز إلا بإذن الإمام فقط، بل قد صرح به في شرح "الأزهار"[3]، وقال المؤلف ما معناه وذلك غير صحيح، لأنه لا ولاية للإمام على ذلك، فليس له أن يأذن فيه لأنه ملك لمعين.

(ب) **قوله:** بما يضيق سعتها، أقول: ظاهره أنه إذا لم يضيق سعتها جاز، ويأتي بأنها لا تضيق ولو اتسعت.

(ج) **قوله:** وهو باق على أصل الإباحة، أقول: ووجه ما ذكره المصنف من المنع أن الهواء تابع للقرار في كونه كتبعية هواء المالك لقراره، وقد أشار الشارح إلى دفع هذا الدليل بقوله: إذ لا يتبع أي الهواء إلا الملك لا الحق.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٧٣) .

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ٢٥٣ – ٢٥٤) .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٤٧٤) .

المسألة باقية على أصل الإباحة إذ الظاهر من نفوذها عدم اختصاص أحد بها فهي في المصالح كبطن الوادي لا يجوز فيها إلا ما يجوز فيه .

(***وإن اتسعت إلا بما لا ضرر فيه لمصلحة***[1])[أ] أو لمن فيه مصلحة (***عامة بإذن الإمام***) المشهور[ب] بالورع وتحري المصالح وتجنب المفاسد.

وأما قوله: (***أو خاصة***) لواحد من أهل السكة فتركيب[ج] مختل لأنه عطف على العامة المقيدة بإذن الإمام وقيد المتبوع قيد للتابع ولا مدخل لإذن الإمام (***فيما شرعوه***) أي: تركوه[د] من أملاكهم مشتركاً بينهم لمصالح المحتاج إليها (***كالميزاب***

قلت: لا يخفى أنه رد بمحل النزاع، وفي "المنار"[2] الظاهر قول المؤيد والشافعي في الهواء.

(أ) **قوله:** أو لمن فيه مصلحة، أقول: زاده وجعل عامة صفة للأخير وصفة الأول محذوفة لدلالة الثاني عليه، وإن المصلحة فيما يعم الناس كافة أو يختص بمن فيه المصلحة كالقاضي والمدرس.

(ب) **قوله:** المشهور بالورع، أقول: مسمى الإمام داخل فيه الاتصاف بالورع لا الشهرة فالقيد كاشف لا غير وكان يحسن حذف المشهور إذ يكفي فيه كونه ورعاً.

(ج) **قوله:** فتركيب مختل، أقول: قد سبق إلى التنبيه عليه كما سلف وكذلك أصلح العبارة الفتح بما لا يرد عليه ذلك.

(د) **قوله:** أي تركوه من أملاكهم، أقول: كأن أحيوا أرضاً مباحة وعمروها وجعلوا بينهم شارعاً

---

(١) وأما قوله : " إلا بما لا ضرر فيه " ظاهر لأن المفروض أنها قد صارت حقاً عاماً لمن يمر بها فكيف يجوز تضييقها للمصلحة العامة بإذن الإمام ، فإن مجرد التضييق يحصل به مفسدة على المارة ، ولو في بعض الأحوال ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح بالاتفاق ، ثم نفي الضرر وما هو دونه على كل حال وفي كل وقت فلا باس لعدم وجود المفسدة حينئذ .

وأما قوله : أو خاصة فيما شرعوه " فلا بد من تقييده بوقوع الإذن من جميع المالكين الشارعين لها بين أملاكهم ولا فرق بينهما وبين المنسدة في الاحتياج إلى الإذن من المالكين في كل واحد منهما ولا مدخل لإذن الإمام في ذلك لوجود من لوجوده من له الملك أو الحق . " السيل الجرار " (٢ / ٧٠٦) .

(٢) (٢ / ١٢١) .

والساباط)سقيفة[أ]بين دارين تحتها طريق(***والروشن والدكة والمسيل والبالوعة***)، وأما نفوذها فلا يكون مستلزماً لتسييلها بعد العلم بأنهم إنما تركوها من أملاكهم لمصلحتهم، وإنما يكون النفوذ دليلاً على التسبيل فيما جهل ملكه رجوعاً بذلك إلى البراءة الأصلية عن الملك، وإن تعلق به الحق كبطن الوادي (***و***) هذا[ب] أعني اعتبار إذن الإمام

نافذاً فهذا في حكم الطريق المسبلة لكن لهم الانتفاع بما يلائم إحداث ما ذكر.

(أ) **قوله:** سقيفة بين دارين، أقول: هذا كلام "القاموس"[1] وفيه الروشن الكوة، وفيه البالوعة[2] والبلوعة والبلاعة غير مشددتين، بئر تحفر ضيق الرأس يجري فيه ماء المطر ونحوه، هذا وفي شرح الأثمار لابن بهران تفسير الروشن بما يخرج من البناء على هواء الشارع على أبواب أو على غير الأبواب وهو صغير.

قلت: وكأنه لفظ عرفي لا لغوي، فإنه لا يصح أن يراد به هنا الطاقة.

(ب) **قوله:** وهذا أعني اعتبار إذن الإمام، أقول: في "الغيث" عطف قوله: ولا المسندة الثاني [على][3] لا تضيق السكك أول الفصل، فإنه قال[4]: ولا يجوز في السكك المنسدة وكلام "الغيث" هو الأصح بل لا بد من إذن الشركاء قال في "الغيث" صار حاصل الكلام في السكك أنها على ثلاثة أضرب:

الأول: نافذة مسبلة.

الثاني: نافذة غير مسبلة ولكن تركوها بين أملاكهم من غير تسبيل.

الثالث: المنسدة وهي التي لا تكون نافذة، فالأول لا يجوز فيه إحداث شيء مما يضيق قراره أو هواءه إلا بالشروط الثلاثة، والثاني يصح فيه للمصلحة العامة بشرط عدم المضرة وإذن الإمام والخاصة إذا كانت من مرافق الأملاك المحيطة التي ذكرنا في الروشن وغيره، والثالث لا يصح فيه شيء من ذلك إلا بإذن أهله، انتهى.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ١٥٤٩).

(٢) " القاموس المحيط " (٩١٠).

(٣) زيادة من نسخة أخرى.

(٤) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٧٧).

قلت: وفي شرط إذن الإمام في الثاني ما سلف عن مؤلف "الأثمار" وعن الشارح، ثم ظاهر "الأزهار" أنه لا يحدث في الثاني إلا ما يخص أهل السكة، وظاهر "الغيث" أنه يصح لمصلحة عامـة، فالغيـث خالف "الأزهار" بالتعميم.

(فائدة) في شرح "الأثمار" عن الإمام يحيى وغيره يجوز الجلوس في الشوارع والسكك بشرط عـدم الإضرار، وكذا في السوق، قيل فإن حصل من وقوفه مضرة ضمن، انتهى.

قلت: وقد ورد في الأحاديث شروط وآداب لمن قعد على الطريق نظمها الحـافظ ابـن حجـر[1] العسقلاني كما ذكره جلال الدين السيوطي [رحمهما الله][2] بقوله:

جمعت آداب من رام الجلوس على الـ... طريق في قول خير الخلق إنسانا

أفش السلام وأحسن في الكلام وَشَمِّـ... ت عاطساً وسلاماً ردَّ إحسانا

في الحمل عاون ومظلوماً أعن وأغث... لهفان اهد سبيلاً واهد حيرانا

بالعرف مُرْ وانْه عن نكر وكف أذى... وغض طرفاً وأكثر ذكر مولانا

فهذه أربعة عشر أدباً لمن، يقعد على الطريق، أحمد[3] والشيخان[4] وأبو داود[5]: " إياكم والجلوس على الطرقات فإن أبيتم إلا المجالس فأعطوا الطريق حقها غض البصر وكـف الأذى ورد السـلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر " زاد أبو داود " وإرشاد ابن السبيل وتشميت العاطس إذا حمد الله" .

---

(١) " فتح الباري " (١١ / ١١) .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) في " المسند " (٣ / ٣٦) .

(٤) البخاري في صحيحه رقم (٢٤٦٥) ومسلم رقم (٢١٢١) .

(٥) في " السنن " رقم (٤٨١٥) .

إنما هو النافذة (*لا المنسدة*) فلا يصح للإمام أن يأذن فيها لمصلحة عامة ولا خاصة (*إلا بإذن الشركاء*) وقد عرفناك أن لا دخل لنظر الفقيه فيما تراضى به الملاك إنما نظره موقوف على ما يفتقر إليه الحكم عند التشاجر [٤/٨].

(**و**) السكك الثلاث المذكورة (**تجوز**) لكل واحد من أهلها فتح (*الطاقات والأبواب*) إليها (*والتحويل*) لها من موضع إلى آخر (*إلا إلى داخل المنسدة*) لأن حق الخارجي قد انقطع عما وراء بابه وطاقته[أ]، وقيل إنما ينقطع ملكه في منتهى بنائه فله

وزاد سعيد[1] بن منصور وإغاثة الملهوف، وزاد البزار[2] و"الإعانة" على الحمل وزاد الطبراني[3] "وأعينوا المظلوم واذكروا اسم الله كثيراً"، فهذه ثلاثة عشر أدباً ظاهر الأحاديث وجوبها وهي في النظم ثلاثة عشر وفي الأحاديث أحد عشر، وذلك لأنه زاد في النظم إفشاء السلام وفي الأحاديث رد السلام في النظم أيضاً وزاد في النظم إحسان الكلام، وقد ورد في رواية لأبي هريرة[4]، انتهى والله سبحانه الموفق [٤/٨].

(أ) **قوله:** وقيل إنما ينقطع ملكه في منتهى بنائه، أقول: اختار مؤلف "الأثمار" التفرقة بين فتح الطاقة والباب فأجاز الأول وهو ظاهر كلام التذكرة[5] والحفيظ وغيرهما كما في شرح "الأثمار" ووجهه أن

---

(١) انظر : " فتح الباري " (١١ / ١١) .

(٢) في " المسند " رقم (٢٠١٩ – كشف) .

(٣) من حديث ابن عباس في " المعجم الكبير " (ج ٦ رقم ٥٥٩٢) وأورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٨ / ٦٢) وقال : فيه أبو بكر بن عبد الرحمن الأنصاري تابعي لم أعرفه وبقية رجاله وثقوا " .

* وأبو بكر بن عبد الرحمن الأنصاري ، ذكره البخاري في " الكنى " (ص ١٢) وابن أبي حاتم في " الجرح والتعديل " (٩ / ٣٤١) ولم يذكرا فيه جرحاً ولا تعديلاً .

وترجم له أبو أحمد الحاكم في " الكنى " (٢ / ٢٤٣) وروى له حديثه هذا [الفرائد على مجمع الزوائد (ص ٤٠٢ رقم ٦١٢] .

(٤) في " السنن " رقم (٤٨١٦) بسند حسن .

(٥) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٧٦) .

الفتح في منتهاه إلى مقابله في السكة لأن الفتح الأول ليس إسقاطاً لاستحقاق الثاني والخلاف إنما هو فيما فعل (**بغير إذن أهله**) أي أهلِ الداخل .

(**وفي جعل**) أحد أهل السكة المنسدة موضع (**بيت**) له (**فيها مسجداً ونحوه**) من الأمور المستلزمة لزيادة على معتادة (**نظر**[1]) أي توقف في الحكم بالجواز وعدمه قالوا لتعارض المقتضى والمانع في كل من جانبي الجواز وعدمه، أما مقتضى الجواز فحصول الملك .

وأما مانعه فإدخال الضرر على الجار إلا أن علة المنع لو كانت هي ضرر الجار لما تردد المصنف هنا لأنه قد جزم فيما سيأتي بأن لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر

الكوة تصرف في ملك الفاتح، وله أن يزيل جداره بالكلية وقد تعقب هذا بما في هامش شرح "الأثمار" بأنه يحتمل أن ليس له إزالة الجدار لأن فيه ضرراً على أهل الشارع بدخول السارق ونحوه .

قيل: وكذا لو فتح باباً للاستطراق منه قيل ويحمل المنع لتأديته إلى ثبوت حق الاستطراق فيه، وكذا يجوز فتح الكوى إلى داخل المنسدة لمن ليس من أهلها ممن يلاصقها جداره وكذا إلى ملك الغير ولا يكون للجار منعه إذ هو تصرف في ملكه كما تقدم وينتفى الضرر عن الجار بأن يبني في ملكه ساتراً أمام الكوة هكذا في شرح الأثمار ولا يخفى ما فيه، كما يأتي في قوله: بوائقه.

---

(١) وأما قوله : " وفي جعل بيت فيها مسجداً أو نحوه نظر " فلا وجه لهذا النظر لأنه إن حصل الإذن من جميع أهل المنسدة جاز جعل بيت فيها إصطبلاً فضلاً عن مسجد وإن لم يأذنوا لم يجز لأنه يؤدي إلى كثرة استطراق تلك المنسدة إليه ولا سيما وهو لايكون مسجداً إلا إذا فتح بابه إلى ما الناس فيه على سواء كما سيأتي في الوقف . " السيل الجرار " (٢ / ٨٠٧) .

الجار[أ] فالظاهر أن التردد، إنما هو في الخلاف الآتي في أنه هل يجوز لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار ويجتازه أنه هل يجوز لأحد الشركاء أن يستعمل المشترك اســتعمالاً زائداً على المعتاد أو لا، والحق أن الزيادة إن منعت شريكه عن معتاده لم يجز لأنه استغرق

(أ) **قولـه:** وإن ضر الجار، أقول: الحق منع ذلك لعموم: "لا ضرر ولا ضرار "[1]وأدلـة التوصـية في الجار زادت هذا العموم قوة فالإضرار محرم لكل أحد وخصوصاً الجار، فمن أحدث في ملكـه مـا يضر الجار منع منه لتحريمه لا من أحدث في ملكه ما ليس فيه إضرار بجاره، لكنه يكون ذريعة وسبباً إلى إضراره فهذا لا يمنع لأنه أحدث ما لا يضر الجار وكونه يتسبب به إلى إضراره لا يصيره محرمـاً لعدم تحريم ذرائع الحرام ويأتي بسطه، "واعلم" أن الإضرار محرم كتاباً وسنة، قال تعـالى﴿ **وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ** ﴾ وقال تعالى﴿ **وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا** ﴾﴿ **وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾﴿ **لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا** ﴾وفي الوصية غير مضار، وفي السنة "لا ضرر ولا ضرار " نفى معناه النهي عـن كـل مضارة لمسلم أو لذمي، وأما إضرار الجار فهو خلاف ما أمر الله به من الإحسان إلى الجار في قولـه ﴿ **وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا** ﴾ إلى قوله﴿ **وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ** ﴾ وأحاديث التوصية بالجـار والإحسان إليه بحر لا تنزفه الدلاء، ولا يتسع له الإملاء، فكان الواجب أن يقول المصنف وللمالك في ملكه ما شاء، ما لم يضر الجار، لحديث التوصية من الله في الإحسان إلى الجـار، وحـديث: " لا ضرر ولا ضرار "ليفيد الحكم بدليله، ولقد أفسدت هذه اللفظة التي أتى بها حقوق الجار، وتعلق بها الحكام المقلدون للأزهار، فليت المصنف حذفها فإنها خالفت الآيات والآثار، والله سـبحانه أعلـم بالصواب [٤/٩].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه رقم (٦٠١٦) ومسلم رقم (٤٦) وأحمد (٢ / ٢٨٨) عن أبي هريرة رضـي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : والله لايؤمن ، والله لا يؤمن ، والله لايؤمن " قيل من يارسـول الله ؟ قال : قال الذي لايأمن جاره بوائقه " .

على شريكه بعض منفعته وإلا جازت لكن عدم التضرر منفعة كما يشهد بـه وجـوب الشفعة وهو الحق.

(فصل)

(*وإذا التبس عرض الطريق بين الأملاك* [1]) لا أصلها فلا بد من البينة عليها (*بقي لما تجتازه العماريات*[أ] *اثنا عشر ذراعاً*) ترجمة لا حاصل لها لأن

فصل وإذا التبس عرض الطريق

(أ) **قوله:** العماريات، أقول: فسرت في حواشي شرح "الأزهار"[٢] بالمحاف التي تحمل على جملين وفسرت المحامل بما يحمل على جمل ولم أجدها في القاموس ولا في المصباح فينظر.

---

(١) أقول : ينبغي أن يقال هنا ترك مالا يضر بمن يعتاد المرور فيها ، فإن مارة الطريق تختلف فقد لا يمر فيها شيء من الدواب لا محملة ولا غير محملة فيترك حينئذ ما لا يضر بمن يمر فيها ، فإن كانت معتادة لمرور الدواب فيها ترك ما لا يضر بها عند مرورها ، ولا وجه لما ذكره المصنف من المقادير ، فقد يحتاج المارة فيها إلى زيادة على ماذكره كالطرق المعتادة لمرور الجيوش فيها خيلاً ورجلاً ، وقد يكفي ماهو دون ماذكره كالطرق التي لا يمر فيها إلا بنو آدم وصغار الدواب ، فإنه يكفي فيها دون السبعة الأذرع ، وهكذا لا وجه لتقييد المنسدة بأعرض باب فيها فقد يعتاد أهلها دخول الدواب إليها بأحمالها ، ولكنه قد ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : " إذا اختلفتم في الطريق الميتاء فاجعلوه سبعة أذرع " وهو ما يدل على الرجوع إلى هذه المقدار في كل طريق ، وقد ورد تقييد هذا المطلق بما أخرجه عبد الرزاق من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلفظ : " إذا اختلفتم في الطريق الميتاء فاجعلوها سبعة أذرع " وكذا في حديث عبادة عند الطبراني وحديث أنس عند ابن عدي وفي إسناد كل واحد منها مقال .

قاله الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٨٠٧ – ٨٠٨) .

وقال الحافظ في " الفتح " (٥ / ١١٥) : وفي كل من الأسانيد الثلاثة مقال وقال الشوكاني في " نيل الأوطار " (١٠ / ٣٦٢ بتحقيقي) ولكن يقوي بعضها بعضاً فتصلح للاحتجاج بها كما لا يخفى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٤٧٩) .

الكلام[أ] فيما قد أحاطت الأملاك والعماريات إن كانت تجتاز بالفعل فلا حاجة إلى التقدير المذكور بل تجتاز على عادتها وإن لم تكن تجتاز بالفعل فمدعي استحقاق اجتيازها في مملوك مدع على الغير وكلامنا مع التصادق على الالتباس لا في الدعوى والإجابة، ولأن غاية ما تقوم عليه بينة مدعي اجتيازها هو اجتيازها .

وغايته إثبات حق بيد وقد تقدم عدم ثبوت الحق باليد إلا على رأي المؤيد، فلو قال وإذا تصادق الشركاء في الطريق على استحقاق اجتياز العماريات والتبس عرضها بقي آلى آخره لكان هو الصواب [٤/٩].

(و) الكلام في قوله أنه يبقى (**لدونه سبعة**) أذرع كالكلام فيما تجتازه العماريات (و) أما قوله إنه يبقى (***في المنسدة مثلاً عرض باب فيها***) فالقياس أن

(أ) **قولـه:** لأن الكلام فيما قد أحاطت به الأملاك، أقول: في "الغيث"[٢] وهذا التقرير على وجهين:
أحدهما: أن الشارع أو الطريق أرض موات فإنه يمنع من أراد إحياءها من التعدي لمجاوزة المقدار المذكور ويجب ترك هذا القدر للطريق.
والثاني: أن تلتبس الطريق بالملك ولا يتبين ذلك فيرجع إلى هذا القدر، فإذا كان قدر الملك معلوماً بقي الطريق على حاله ضيقاً كان أو واسعاً، انتهى.
ولك أن تقول: أراد بما تجتازه العماريات ما من شأنها أن تجتازه وهو مظنة بذلك وإن لم تجتازه بالفعل، وذلك لأنه يراعى في الطريق مصلحة المسلمين لا سيما على التقدير الأول، وأما على الثاني فنعم قد يقال التباس الطريق لا يستلزم التباس ما كانت له من قبل فتعاد كما كانت.
(**فائدة**) قال في "الغيث" وكأن القياس إذا التبست الطريق بالملك أن يصير لبيت المال، لكن جعل ما تجتاز فيه قرينة تقديره فلم يكمل اللبس، انتهى. وفي شرح "الأثمار" قيل ولعل الوجه أن الملتبس يصير لبيت المال والطريق من جملة المصالح فيترك لها ما ذكر من القدر على قدر الحاجة، وقد اعترض كلام "الغيث" بأن الملتبس القدر لا نفس الطريق.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ٩٨) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٤٧٩) .

يكون مثل أدق ما بين سكتيها لأن العادة أن لا تدخل الحمولة من باب البيت فيصغر وأما إليه فالعادة قاضية بإيصالها إليه (**ولا يغير**) بزيادة ولا نقصان (**هما علم قدره**) من الطريق (**وإن اتسع**) اتساعاً زائداً على المحتاج إليه إلا بإذن من له الإذن فيه.

(**وتهدم الصوامع المحدثة** [1]) بعد البيوت (**المعورة**) على أهل البيوت، وأما إذا كان "أحداث الصومعة في أرض المصالح ومن مالها فلا شبهة في عدم الجواز إذ هي منسدة، ودفع المفاسد أهم من جلب المصالح فتهدم وجوباً، وأما إذا أحدثها مالك في ملكه فلا يتمشى على ما اختاره المصنف من أن لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار وإنما يتمشى على قول القاسم كما سيأتي، وكذا لو تأخر بناء البيوت عن بنائها، وإنما النزاع فيما لو بنيت في ملك لا تكون مسبلة فتكون كالتعلية على الملك.

وقد قلنا (**لا**) يهدم (**تعلية الملك وإن أعورت**[2] **فلكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار**) خلافاً للقاسم فيما تأخرت التعلية وللمالك في سائر الأضرار غير

....

---

(١) أقول : إن كان إحداثها في موضع يختص بمحصورين فلا بد من إذنهم لأن لكل واحد منهم حقاً في ذلك الموضع الخاص بهم ، وإن كان إحداثها في مكان لا يختص بمحصورين ، ولا تضييق فيها على المارة ولا على أهل الحق العام ، وليس إلا كونها مرتفعة على البيوت ويمكن أن يكون المؤذن غير عدل في الباطن فهذه مفسدة يمكن دفعها بما يتعذر معه النظر منها إلى المحلات التي يقع الاطلاع عليها مع رعاية المصلحة العامة لهم بسماع الأذان إذا كانوا في مكان بعيد عن الأمكنة التي يؤذن فيها ، فإن هذه مصلحة خالصة بعد دفع تلك المفسدة ، فلا ينبغي : طلاق هدمها كما فعل المصنف بل لابد من التقييد بما ذكرنا . " السيل الجرار " (٢ / ٨٠٨ – ٨٠٩) .

(٢) وأما قوله : " لا تعلية الملك وإن أعورت " فمبني على ما عقبه به من قوله فلكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار ، وهذه الكلية الشاملة لما في السياق وغيره تقشعر لها الجلود وترجف عندها الأفئدة ، فإن التوصية بالجار كتاباً وسنة والأوامر النبوية بالإحسان إليه ودفع ما يضره حتى قال صلى الله عليه وآله وسلم : " والذي نفسي بيده لايؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه " لو تعرض متعرض لجمعها لجاءت في مصنف مستقل وناهيك بقوله صلى =

التعلية، لنا موجب الملك الانتفاع كيف شاء المالك، قالوا محل النزاع لأنه مطلق مقيد بأدلة الوصية بالجار وتقدم حديث: "حتى حسبته يورثه " وحديث[1]" لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه " [أ] وتعور الجار من البوائق والحديث من أصول الإسلام المشهورة،

(أ) **قوله:** بوائقه، أقول: في "النهاية"[2] غوائله وشروره وهو دليل على تحريم تعور ما يكره الجار رؤيته وإن لم يعل على داره، وهل يدل على منعه عن إحداث ما هو سبب لتعور فيه توقف، وفي شرح الأثمار أنه يمنع إن أقر أن قصده الإضرار، واعلم أن الأصل أن للمالك أن يحدث في ملكه من التصرفات ما شاء إذ ذلك من لازم الملك لغة وشرعاً، فله أن يفتح الطاقات في جدار داره إن كان مستقلاً بملك الجدار الذي يفتح فيه سواء فتحها إلى ما يختص به من الهواء أو إلى ما يختص به جاره أو إلى ما هو مشترك بينهما •

وهذا الأصل لم يأت في الشريعة منعه فهو باق على أصل الجواز، أما إذا كان الفتح إلى هوائه فلا كلام، وكذلك إلى هواء يختص به جاره وذلك لأنه تصرف المالك في ملك نفسه والهواء منفصل عما تصرف فيه فلا ريب في جواز ما فعله •

الله عليه وآله وسلم " لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره " كما في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة ، ولا يقال إن في منعه من أن يفعل في ملكه ماشاء إضرار به لأنا نقول هو لم يمنع من أن يفعل في ملكه ما شاء بل ممنوع من أن يضر جاره كما أن جاره ممنوع من أن يضر به فما يقتضيه الملك – من جواز الانتفاع به كيف يريد مالكه – مقيد بعدم الضرار • وقد ثبت له على جاره مثلما ثبت له عليه ولم يجعل التقييد خاصاً بأحدهما وقد حرم القرآن الكريم الضرار في عدة آيات مع اختلاف الموارد فكيف لا يثبت مثله في حق الجار مع قوله سبحانه ﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ والجار ذي القربى والجار الجنب ﴾ وأما استثناء المصنف من هذه الكلية قوله إلا عن قسمة فما أبرد هذا الاستثناء فإنه لم يرد دليل يدل على مزيد اختصاص المجاورة عن قسمة بحكم زائد على المجاورة لا عن قسمة ولكن تفريع أحكام الشرع إذا كان غير منظور فيها إلى ماورد به الشرع بل إلى مادوّنه الراجعون إلى محض الرأي كان على هذه الصفة •

(١) تقدم وهو حديث صحيح •

(٢) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ١٦٥) •

وإنما الذي يمنع منه ويحرم عليه استعمال هواء جاره بإخراج رأسه ونحوه من استعمال هوائه، ويحرم عليه تكشف حرم جاره وهذا محرم آخر غير فتح الطاقات، يحرم عليه فعله من أعلى بيته من سطوح جاره، ويستحق أن تفقأ [1]عينه عند نظره إلى حرم جاره كما ثبت في النص وأوضحناه في "سبل السلام"[2]، وهذا محرم لا تلازم بينه وبين فتح الطاقات فلا يمنع من فتحها ولا يلزمه فعل شباك ولا صروف تمنع من النظر كما قيل، إنما المحرم ما عرفته وإلا لزم أن يمر الجار بالعمارة على سطوح داره بسور مرتفع يمنع عن النظر لمن رقى السطح وهذا لا يقوله أحد.

فإنه لا حق للجار في دار جاره إلا بغرز[3] خشبته في جداره لثبوت النص في ذلك، وفتح الطيقان لا ينافي أحاديث التوصية بالجار ولا يدخل تحت حديث: " لا ضرر ولا ضرار "[4] إذ ليس من رعاية حقه أنه يجب عليه أن لا يتصرف في ملك نفسه بما يريده والتوصية مشتركة بينهما، فكل واحد له حق على الآخر وعليه حق له، فيجب رعاية كل بما له وعليه، فعلى فاتح الطاقة أن لا يستعمل هواء جاره ولا يتكشف حريمه ولا يؤذيه فيها، وعلى الآخر أن لا يتظلم ولا يتجرم ولا يذم جاره بفتحه طاقة في ملكه، فإنه ما أسقط عليه حقاً ولا أخذ عليه شيئاً فهو بتجرمه وتظلمه لم يرع الحق الذي عليه لجاره، فإنه ليس له منع جاره عن تصرفه في داره.

وأما حديث حتى يأمن جاره بوائقه فقد فسرت البوائق في حديث مرفوع بأنها غشه وظلمه وليس في فتح الطيقان غش له ولا ظلم، فلا يتم استدلال الشارح بذلك فإن حقيقة الظلم التصرف في

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال أبو القاسم ﷺ: " لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن، فخذفته بحصاه، ففقأت عينه لم يكن عليك جناح ".

أخرجه البخاري رقم (٦٨٨٨) ومسلم رقم (٢١٥٨) وأحمد (٢ / ٢٦٦، ٤١٤، ٥٢٧) وابو داود رقم (٥١٧٣) والنسائي (٨ / ٦١) وغيرهم.

(٢) (٧ / ٨٥ الحديث رقم (٣ / ١١٢٥) بتحقيقي ابن الجوزي.

(٣) تقدم وهو حديث صحيح.

(٤) تقدم وهو حديث صحيح لغيره.

وفي أكثر دواوينه المسطورة (*إلا*) أن تكون تلك المجاورة (**عن قسمة**) لم يجز المضاررة اتفاقاً ولم يثبت لصاحبها، قيل وكذا في السفل والعلو والمدغر والموقر وإن لم يكن الجوار عن قسمة وذلك من الشركة لا من الجوار، لأن لكل واحد حقاً في بقاء ملك صاحبه على حالته الأولى.

ملك الغير أو في حقه أو وضع الشيء في غير موضعه، وعلى التفسيرين ليس فاتح الطيقان في ملكه بظالم لجاره كما هو واضح ولا غاش له .

نعم لو صح حديث[1] عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وفيه" أتدري ما حق الجار ثم عد خصالاً حتى قال: ولا تستطيل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلا بإذنه " الحديث فإنه لو ثبت لكان حجة بأنه ليس للمالك أن يحدث في ملكه شيئاً يمنع عن جاره ريحاً أو شمساً أو ضوءاً إلا بإذنه ولكان هذا حقاً للجار على جاره في داره كحقه عليه فيها بغرز خشبته ومؤاذنته إن أراد بيع داره، لكن الحديث أخرجه الخرائطي في مكارم الأخلاق وفيه من لا يعرف .

وقال الحافظ المنذري[2] إن قوله أتدري ما حق الجار لعله غير مرفوع، هذا ولعل من أفتى بتحريم فتح الطاقة إلى هواء جاره جعله من باب سد الذرائع، فإن فتحها ذريعة إلى محرم هو رؤية حرم الجار واستعمال هواءه إلا أن لسد الذرائع تفاصيل لا يدخل تحتها مثل ذلك، ولأنه لا شيء من المباحات إلا ويتصور أنه ذريعة لمحرم، فما كل ذريعة تحرم، ولأنه يلزم ما قدمناه من إيجاب عمارة سور على سطح كل دار إذ السطح مع عدم السور ذريعة إلى رؤية حرم الجار، وإلى استعمال هواءه ولا بد أن يكون سوراً مصمتاً لا خرق فيه ولا شباك.

---

(١) أخرجه الطبراني كما في " مجمع الزوائد " (٨ / ١٦٥) ومن حديث معاوية بن حيدة ، وفيه أبو بكر الهذلي ، وهو ضعيف .

والخرائطي في " المنتقى من مكارم الأخلاق ومعاليها " رقم (١٠٤) . وهو حديث ضعيف .

(٢) في " الترغيب والترهيب " (٣ / ٣٣٣) .

(**فصل**)(أ)

(***وإذا اشترك في أصل النهر***) أي منبعه (***أو مجاري الماء قسم***) إن أراد(ب) قسمة الماء لأن النهر غلب عليه، وبذلك تشعر روايته في "البحر"[1] عن الهادي فمخالف لما سيأتي من عدم ملك الماء والقسمة فرع الملك.

وأما قول المصنف :إن الأقرب صحة قسمته إذا اشترك في أصله إذ الحق كالملك في أولوية صاحبه، وعليه حمل قول القاسم بقسمة الأموال، فكلام لا حاصل له لأن معنى القسمة الاختصاص بالنصيب [٤/١٠] ومعنى الأولوية الاختصاص بالمحتاج إليه منه في الحال وبين(ج) الأمرين بون بعيد، وإن أراد قسمة قرار المنبع والمجاري كما هو الذي حمل

فصل وإذا اشترك في أصل النهر

(أ) **أقول**: هذا الفصل معقود لبيان ما يتعلق بالنوع الرابع من شركة الأملاك وهو الشركة في الشرب بكسر الشين المعجمة وهو النصيب من الماء، وأما بفتحها فهو المصدر، والاسم الشرب بالضم، وقيل هما لغتان كذا في "المصباح"[2].

(ب) **قوله**: إن أراد قسمة الماء، أقول: عبارته في "الغيث"[3] قاضية بأنه أراد هذا [٤/١٠].

(ج) **قوله**: وبين الأمرين بون بعيد، أقول: عبارته قابلة للتصحيح بأنه أراد بالأولوية أولوية الملك اللازم عنها الاختصاص بالنصيب وكلامه ظاهر في هذا وهو الصواب، إذ قد اشتركوا في ملك المقر أو الممر فلكل نصيب مما فيه ولا يتم نيل كل لما يستحقه إلا بالقسمة وكونها فرع الملك ممنوع ولئن سلم فهذا فيه شايبة الملك لملك المقر أو الممر، والشارح أبطل القسمة ولم يبين وجهاً يكون فيه نفع كل بقسطه من حقه.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٧) .

(٢) " المصباح المنير " (ص ١١٧) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٨٤) .

كلامه عليه فلا حاجة إلى قوله: (***على الحصص إن تميزت***) لأن ذلك(أ) كالسماء فوقنا ولا إلى قوله (***وإلا مسحت الأرض***) لأن قسمة الأرض لا تكون إلا بالمساحة ولأن(ب) الأرض محتملة لقرار النهر ولقرار ما يسقيه وقسمة قرار النهر وقرار المجرى لا معنى لها وربما لا ينتفع كل بنصيبه وقسمة(ج) ما يستقيه فرع الشركة فيها وكلامنا في الشركة في النهر ومجراه فقط ولا حاجة أيضاً إلى قوله: (***وقسم على الرؤوس***) لأن

(أ) **قولـه:** لأن ذلك كالسماء فوقنا، أقول: تقدم له مثل هذا قريباً وتقدم ما عليه، وصورة الاشتراك فيما ذكر أن يجتمعوا على الحفر أو إخراج الماء من البئر، أو بأن يحيوا أرضهم على الماء المباح في وقت واحد فيكون بينهم على السواء، حيث استوت عنايتهم وغراماتهم فإن اختلفت عنايتهم وغراماتهم فعلى حسب ما تراضوا به نحو أن يتراضوا أن من أدى نصف الغرامة كان له النصف ونحو ذلك، وأما اعتراضه على المساحة فلا طائل تحته.

(ب) **قولـه:** لأن الأرض.. إلخ، أقول: في "الغيث"(1) أعني أرض النهر أو المجرى ولا عبرة بالحصص في المزارع وإن كانت الشركة في الماء من حيث أحيوا عليه في وقت واحد كانت القسمة على قدر حصصهم في المزارع، فإن تشاجروا مسحت الأرض أرض النهر أي: قراره إذا كانت الشركة فيه أو أرض المجرى إذا كانت الشركة فيه وأرض المزارع حيث لم يشتركوا في أصل النهر ولا في المجرى، ولكن أحيوه على الماء جميعاً فلفظ أرض في الأزهار عام للثلاثة أعني قوله النهر ومجاريه والمزارع، انتهى. فقد أبان مراده، وأما قول الشارح فربما لا ينتفع كل بنصيبه فممنوع فإن أحقر سهم في المقر له في الماء ما ينفعه سيما إذا كان الماء واسعاً.

(ج) **قولـه:** وقسمة ما يسقيه فرع الشركة، أقول: ما يسقيه وهو المزارع لا قسمة فيها وإن ما يمسح لا يعتبر بها قسمة الماء على ذلك الذي هو أقرب ما يفصل به النزاع.

---

(1) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٨٥ – ٤٨٦) .

الاختلاط على وجه لا تتميز معه الحقوق تقدم[أ] حكمه في مسألة الخلط، وبالجملة كلام المصنف هنا خبط والأولى حمل كلام الهادي[1] على قسمة الماء صلحاً بين الشركاء لا وجوباً، لأن الكلام في الماء.

وأما قوله: (***وأجرة القسام على الحصص***) فموضعه باب القسمة .

(***ولذي الصبابة***) وهي ما ينصب من الماء السمائي وصاحبها من يسقي بها لكن للأسفل ممن يسقي بها (***ما فضل عن كفاية الأعلى***) لحديث[2] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال" للزبير حين خاصمه[ب] الأنصاري ....

(أ) **قوله:** تقدم حكمه، أقول: تقدم أنها تقسم على الرؤوس سواء كانت مثلية أو قيمية، وهذا هو الحكم هنا فهو مطابق لما سبق.

(ب) **قوله:** حين خاصمه الأنصاري، أقول: اختلف في تعيين الأنصاري هذا على أقوال أربعة رجح الحافظ في "الفتح"[3] أنه حاطب بن أبي بلتعة واستشكل بأنه مهاجري لا أنصاري، وأجيب بأن الأنصاري يطلق على المعنى الأعم من المتعارف، وهو كل من ناصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وقد وقع هذا الإطلاق في مواضع وقال الدراوردي[4] إن خصم الزبير كان منافقاً، واستشكل لقوله من الأنصار ووجهه القرطبي[5] بأنه كان من الأنصار نسباً لا ديناً ورد بأنها لم تجر عادة السلف بوصف المنافقين بالنصرة التي هي صفة مدح ولو شاركوهم في النسب، وأما ما في الثعلبي بغير سند أن الزبير وحاطباً لما خرجا مرا بالمقداد فقال: لمن كان القضاء؟ فقال حاطب: قضى لابن عمته ولوى شدقه ففطن له يهودي فقال: قاتل الله هؤلاء يشهدون أنه رسول الله ويتهمونه، فقد قال الحافظ ابن حجر[6] في صحة هذا نظر.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٧ – ١٠٨) " شرح الأزهار " (٧ / ٤٨٧) .

(٢) سيأتي تخريجه . وهو حديث صحيح .

(٣) " فتح الباري " (١٣ / ١٣٨) .

(٤) ذكره الحافظ في " الفتح " (١٣ / ١٣٨) .

(٥) في " المفهم " (٦ / ١٥٣) . (٦) في " الفتح " (١٣ / ١٣٨) .

في شراج[أ] الحرة التي يسقون بها النخل اسق[ب] يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك "متفق عليه، [1]وقيل إنه قال الأنصاري[2]حكمت له لأن كان ابن[ج] عمتك قال [رسول الله][3]

(أ) **قوله:** في شراج الحرة، أقول: بكسر الشين المعجمة فراء آخره جيم جمع شرج بفتح أوله وسكون ثانيه هو مسيل الماء من الحرة إلى السهل، والحرة بفتح المهملة أرض ذات حجارة سود كما في "المصباح"[4].

(ب) **قوله:** "اسق يا زبير"، أقول: بهمزة وصل من سقى يسقي وقطع من أسقى زاد ابن جريج في رواية أخرجها البخاري[5] فأمره بالمعروف وهي جملة معترضة، ومثلها في رواية شعيب عنده وقد كان أشار على الزبير برأي فيه سعة للأنصاري، انتهى. فعرف أنه ليس حكماً منه صلى الله عليه وآله وسلم بل شورى، وأمراً بالمعروف.

(ج) **قوله:** لأن كان ابن عمتك، أقول: بفتح أن على الأصح لأنها للتعليل حذف منها اللام أي حكمت له لأنه ابن عمتك أي لأجل ذلك، وأما لفظ الشارح فليس في روايات البخاري وفي نسخة عليها خطه عمك، وهو غير صحيح إنما هو ابن عمتك وهو في بعض نسخ الشرح، وذلك أن أم

---

(١) أخرجه البخاري رقم (٢٣٥٩ ، ٢٣٦٠) ومسلم رقم (١٢٩ / ٢٣٥٧) وأبو داود رقم (٣٦٣٧) والترمذي رقم (١٣٦٣) و (٣٠٢٧) والنسائي رقم (٥٤٠٧) وابن ماجه رقم (١٥ ، ٢٤٨٠) وهو حديث صحيح .

(٢) وإليك نص الحديث : – وعن عبد الله بن الزبير عن أبيه : أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل ، فقال الأنصاري : سرح الماء يمر ، فأبى عليه ، فاختصما عند رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : " اسق يازبير ثم أرسل إلى جارك " فغضب الأنصاري ثم قال : يارسول الله أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال للزبير : " اسق يازبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر " فقال الزبير والله إني لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا في ذلك : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ الآية .

(٣) زيادة من نسخة أخرى .

(٤) " المصباح المنير " (ص ١١٧) وانظر : " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٨٥٢) .

(٥) في صحيحه رقم (٢٧٠٨) .

صلى الله عليه وآله وسلم: " فاسق إذاً يا زبير حتى يبلغ الجذر" والجذر بالذال المعجمة[أ] أصول النخل، ووهم[ب] من رواه بالمهملة قاله الخطابي[١]، وعند ابن ماجة[٢]

الزبير صفية بنت عبد المطلب زاد البخاري[٣] فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم قال: "اسق يا زبير حتى تبلغ الجذر".

(أ) **قوله:** بالمعجمة أصول النخل، أقول: قال الخطابي[٤] الجذر جذر الخشاب والمراد حتى تبلغ تمام الشرب، انتهى. وبه تعرف أنه ليس مسماه أصول النخل إلا أن يريد الكناية عن تمام الشرب، إلا أن في "القاموس"[٥] أنه يطلق على أصل الشيء. وفي "النهاية"[٦] حتى يبلغ الجذر يريد تمام الشرب من جذر الخشاب وهو بالفتح والكسر أصل كل شيء، وقيل أراد أصل الحائط والمحفوظ بالمهملة، انتهى.

(ب) **قوله:** ووهم من رواه بالمهملة، أقول: في "فتح الباري"[٧] بفتح الجيم وسكون الدال المهملة، وهو ما يوضع بين شربات النخل كالجذار وهو بمعجمة وفتحات التي تحفر في أصول النخل، وقيل: المراد به الحواجز التي تحبس الماء.

وروى الجدر جمع جدار حكاه أبو موسى، قال ابن حجر[٨] والمعنى أن يصل الماء إلى أصول النخل، إن قيل كيف أنه صلى الله عليه وآله وسلم حكم أولاً بقوله: اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، وحكم آخراً بهذا الحكم المقيد.

---

(١) في " أعلام الحديث " (٢ / ١١٦٩) .

(٢) في " السنن " رقم (٢٣٨٣) .

(٣) في صحيحه رقم (٢٣٥٩ ، ٢٣٦٠) .

(٤) في " أعلام الحديث " (٢ / ١١٦٩) .

(٥) " القاموس المحيط " (ص ٤٦٣) .

(٦) " النهاية في غريب الحديث " (١ / ٢٤٥) .

(٧) (٥ / ٣٧) .

(٨) (٥ / ٣٧) .

والبيهقي[(١)] والطبراني[(٢)] من حديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه آله وسلم قضى في شرب النخل للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ولا يحبس الماء في أرضه" إلا أن فيه انقطاعاً، وأما الكفاية فقيل[(أ)] حتى يبلغ الماء الكعبين لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

أجيب بأن الأول لم يكن حكماً بتاً، بل من باب الإشارة والرأي كما دلت عليه رواية ابن جريج عند البخاري، وأمره يعني النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمعروف، ومثلها في رواية شعيب عند البخاري فلما أغضبه صلى الله عليه وآله وسلم المخاصم للزبير حكم صلى الله عليه وآله وسلم بالحكم الجازم واستوفى للزبير حقه كما أشير إليه في روايات البخاري أيضاً، وأورد عليه بأنه كيف حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حال غضبه مع ثبوت النهي عن أن يقضي القاضي وهو غضبان.

وأجاب الخطابي[(٣)] بأن النهي معلل بما يخاف على الحاكم من الخطأ والغلط، والنبي صلى الله عليه وآله وسلم مأمون لعصمته في حال السخط والرضى.

(أ) **قوله:** فقيل حتى تبلغ الكعبين، أقول: في البخاري[(٤)] قال ابن شهاب يعني الزهري فقدرت الأنصار [١١/٤] والناس قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: " اسق ثم احبس حتى ترجع إلى الجذر " وكان ذلك الجذر إلى الكعبين، قال في "الفتح"[(٥)] يعني أنهم لما رأوا الجذر يختلف بالطول والقصر قاسوا ما وقعت فيه القصة فوجدوه يبلغ الكعبين فجعلوه معيار الاستحقاق الأول فالأول.

والمراد بالأول هو من يكون مبتدأ الماء من ناحيته قال ابن التين والجمهور على أن الحكم أن يمسك

---

(١) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٤).

(٢) أورده الهيثمي في " مجمع الزوائد " (٤ / ٢٠٣ – ٢٠٤) وقال : رواه عبد الله بن أحمد وإسحاق لم يدرك عبادة. وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) في " أعلام الحديث " (٢ / ١١٧٢).

(٤) في صحيحه رقم (٢٣٦٢).

(٥) في " فتح الباري " (٥ / ٣٩).

جده أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى في سيل مهزور[أ] ومذينب أن يمسك حتى

إلى الكعبين، وخصه ابن كنانة بالنخل والشجر، قال: وأما المزارع فإلى الشراك، وقال الطبري الأراضي مختلفة فيمسك لكل أرض ما يكفيها لأن الذي في قصة الزبير واقعة عين، انتهى. وبهذا تعرف أنه كان الأحسن أن يقول الشارح: وأما قدر حبس الماء وإن كانت الكفاية لازمة لذلك.

واعلم أن صاحب "المنار"[1] قال ليس بين كلامه صلى الله عليه وآله وسلم للخصمين أولاً وكلامه آخراً فرق وليس بين الروايتين اختلاف لجواز أن الذي يبلغ الجذر قد يكون إلى الكعبين بل قد يكون دون ذلك لأن بلوغ الجذر يصدق قبل بلوغ الكعبين والظاهر أن كلمتي الحكم على حد سواء لأنه صلى الله عليه وآله وسلم أثنى في عدة أحاديث على من استوى حكمه في الغضب والرضى وهو أحق الناس بذلك.

ثم سقى ما اتصل بالجذر لازم فقوله في حديث عبادة إلى الكعبين يقضي لما اتصل بالجذرات ماؤه يبلغ إلى الكعبين، وفي حديث الزبير إنما حكم ببلوغه الجذر أعم من أن يكون إلى الكعبين أو أقل أو أكثر، فحديث عبادة أضيق من حديث الزبير وأول حديث الزبير مطلق أيضاً، وإنما توهموا من غضب النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن آخر كلامه أشد من أوله وهو صلى الله عليه وآله وسلم أرفع من ذلك، انتهى.

ولا يخفى أنه مبني أن كلامه صلى الله عليه وآله وسلم الأول حكم بت وقطع وقد سمعت عن الرواة من السلف أنهم فهموا أنه من المشورة وإن كان فهمهم غير حجة على المنار إلا أنهم أقرب إلى فهم مقاصده صلى الله عليه وآله وسلم ثم إنه قال إن كلمتي الحكم سواء ثم أبان آخراً اختلافهما، وأما ثناؤه صلى الله عليه وآله وسلم على من استوت كلمته في الرضى والغضب فالمراد من لم يخرجه الغضب من الحق حتى يحيف عنه وإن انتقل من حق إلى حق.

(أ) **قوله:** مهزور ومذينب، أقول: بضم الميم وسكون الهاء وضم الزاي بعدها واو ساكنة فراء ومذينب بذال معجمة ونون مصغر، والذي في الشرح مذنب وهو في "التلخيص"[2] كذلك، وفي

---

(١) (٢ / ١٢٢ - ١٢٣) .

(٢) (٣ / ١٤٥) .

يصل إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل عند أبي[أ] داود [1]وابن ماجه[2] وهو عند الحاكم[3] من حديث عائشة إلا أن الدارقطني[4] أعله بالوقف ولا يضره، لأن لرفع عمرو بن شعيب له شاهدين أحدهما عند ابن ماجه[5] من حديث ثعلبة بن مالك والآخر عند عبد الرزاق[6] عن أبي حاتم القرظي عن أبيه عن جده [11/4] (**ومن في ملكه حق مسيل أو إساحة**) أي مسيل وإساحة هما حق على أن الإضافة بيانية، والمراد بهما من مسيل ماء الأسفل في حقه ومن إساحة مائه إلى ملك الأسفل (**لم يمنع المعتاد وإن ضرَّ و**) أما أن (**عليه إصلاحه**) فالتحقيق[ب] فيه ما تقدم في إجبار رب السفل على

"النهاية"[7] و"الفتح"[8] كما ضبطناه وهما واديان بالمدينة.

(أ) **قوله:** عند أبي داود[9] وابن ماجه[10]، أقول: وصف الحافظ في "الفتح"[11] الإسنادين بالحسن ولفظه وإسناد كل منهما حسن، انتهى والله الموفق على أقوم سبيل.

(ب) **قوله:** فيما تقدم والتحقيق ما تقدم.. إلخ، أقول: التحقيق ما تقدم لنا من رد كلام الشارح فتذكر.

---

(1) في " السنن " رقم (٣٦٣٩) .

(2) في " السنن " رقم (٢٤٨٢) .

(3) في " المستدرك " (٢ / ٦٢) وقال : صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي . وهو حديث حسن .

(4) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٤٥) .

(5) في " السنن " رقم (٢٤٨١) . قلت وأخرجه أبو داود رقم (٣٦٣٨) . وهو حديث صحيح .

(6) في مصنفه كما في " التلخيص " (٣ / ١٤٥) .

(7) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٩٠٤) .

(8) " فتح الباري " (٥ / ٤٠) .

(9) في " السنن " رقم (٣٦٣٩) .

(10) في " السنن " رقم (٢٤٨٢) . وهو حديث حسن .

(11) " فتح الباري " (٥ / ٤٠) .

إصلاحه من أن استحقاق البدل حكم آخر غير استحقاق المبدل فيفتقر إلى دليل ولا دليل على إيجاب الأبدال (**ويمنع المحيي لحريم العين والبئر والمسيل والدار**) أما حريم[أ] البئر الإسلامية فالمذهب أربعون ذراعاً، وقال أحمد[1] خمسة وعشرون، وقال أبو يوسف ومحمد بئر الشرب أربعون وبئر الناضح ستون .

لنا : حديث[2] عبدالله بن مغفل مرفوعاً:" من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حق لها لعطن ماشيته " قالوا من حديث إسماعيل[ب] بن مسلم [3]المكي وهو ضعيف، قلنا: هو عند الطبراني [4]من طريق أشعث عن الحسن، ....

(أ) **قوله:** أما حريم البئر، أقول: قدم حريم البئر وإن كان متأخراً لأن دليله أظهر من دليل ما قدم، والعطن بفتح المهملة والطاء وطن الإبل ومبركها حول الحوض، ومربض الغنم حول الماء كما في "القاموس"[5].

(ب) **قوله:** إسماعيل بن مسلم[3] المكي، أقول: كنيته أبو الحسن كان من البصرة ثم سكن مكة وكان فقيهاً ضعيف الحديث كما في "التقرير"، والحديث لو ثبت دليل على مطلق البير من دون تعيين بير شرب أو ناضح.

---

(١) في " المغني " لابن قدامة (٦ / ٢٠٠) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في " السنن " رقم (٢٤٨٦) وهو حديث حسن لغيره .

(٣) قال أحمد وغيره : منكر الحديث ، وقال ابن معين : ليس بشيء وقال النسائي : متروك .
" الميزان " (١ / ٢٤٨) و " التقريب " (١ / ٧٤) و " الجرح والتعديل " (٢ / ١٩٨) .

(٤) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٤٥) .

(٥) " القاموس المحيط " (١٥٦٩) .

قالوا[أ] تركه أحمد[١] إلى حديث أبي هريرة مرفوعاً "حريم البئر البديء "[ب] خمسة وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً " قلنا: أعله الدارقطني[٢] بالإرسال،

(أ) **قوله:** قالوا تركه أحمد إلى حديث أبي هريرة، أقول: عرفنا بالاستقراء أنه لا ينقل الشارح إلا من "التلخيص"، حتى أنه اتفق في نسخته منه غلط فنقله بغلطه نبهنا عليه في الجزء الأول، والذي في "التلخيص" [٣]هنا هكذا بعد ذكر إخراج الطبراني لحديث عبد الله بن مغفل، وفي الباب عن أبي هريرة عند أحمد[٤] لم يزد حرفاً على هذا فيحتمل أنه أراد أن عند أحمد حديثاً لأبي هريرة بمثل حديث عبدالله في التقدير بالأربعين، ويحتمل أن المراد في التقدير في الجملة والأول أظهر، وبالجملة لا دليل في كلامه على أن أحمد ترك حديث عبدالله عادلاً إلى حديث أبي هريرة أصلاً.

نعم أخرج في "التلخيص"[٣] حديث أبي هريرة لأنه أشار إليه الرافعي كما يخرج غيره من الأحاديث، ولم يعزه إلى أحمد بل إلى الدارقطني[٥] وذكر إعلاله إياه بما ذكره الشارح، فلعل الحديث الذي في الباب عند أحمد غير هذا، نعم في "البحر" أن أحمد[٦] يقول: إن حريم البئر خمسة وعشرون فكأن الشارح رأى الحديث وافق دعواه فنسب إليه ما ذكر والله أعلم.

(ب) **قوله:** البديء[٧]، أقول: بفتح الموحدة وكسر الدال بعدها مثناة تحتية وهي التي ابتدأها أنت والعادية بالمهملتين القديمة.

---

(١) انظر ما تقدم.

(٢) في " السنن " (٤ / ٢٢٠).

(٣) (٣ / ١٣٩).

(٤) في مسنده (٢ / ٤٩٤) بلفظ : " حريم البئر أربعون ذراعاً من حواليها كلها لأعطان الإبل والغنم ".

(٥) في " السنن " (٤ / ٢٢٠).

(٦) في " المغني " (لابن قدامة (٦ / ٢٠٠).

(٧) قال ابن الأثير في " النهاية " (١ / ١١٠) البديء بوزن البديع : البئر التي حفرت في الإسلام ، وليست بعادية قديمة.

وانظر : " الفائق " للزمخشري " (١ / ٨٩).

وقال[١]: من أسنده فقد وهم وفي سنده شيخ[أ] الدارقطني محمد بن يوسف[٢] المقري أطلق الدارقطني وغيره عليه الوضع.

قالوا: هو عند البيهقي[٣] عن ابن المسيب مرسلاً، وزاد وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وبذلك[ب] تمسك أبو يوسف ومحمد في الفرق وأخرجه

(أ) **قوله**: شيخ الدارقطني، أقول: هذه زيادة على ما في "التلخيص"[٤] فليس فيه أنه شيخ الدارقطني.

(ب) **قوله**: وبذلك تمسك أبو يوسف ومحمد [في الفرق][٥]، أقول: إن أراد مطلق الفرق فنعم إلا أنه لا يجدي لأنهما عيناً قدراً ليس في الحديث إذ فيه للبدلين خمسة وعشرون وللعادية خمسون وللزرع ثلاثمائة وهما عينا أربعين وستين وفرقا بين الشرب والناضح وليس ذلك في الحديث كذلك، وإن أراد الفرق بتعيين ما ذكراه فليس كذلك.

وبه تعرف أن قوله فيلزمكم الزيادة في بئر الزرع كأبي يوسف ومحمد يقال عليه كليهما لم يردا ما أفاده الحديث، ومجرد الزيادة لا على وفق دليل كتركها إهمال للدليل، فالكل لم يعملوا به.

والحق أنه يختلف حريم كل ما ذكر باختلاف الجهة، فإن في بعضها لا يزيد حريم البئر على عشرة أذرع إن أريد بالحريم ما يجر به الماء من البئر، وإن أريد ما يسقي ماء البئر من الأرض التي أحدث فيها فإنه أيضاً يختلف بكثرة ماء البئر، وقلته وفي بعضها قد يكون الحريم الذي يحتاج فيه إلى جر الماء من البئر مائة ذراع ونحوه.

---

(١) " التلخيص " (٣ / ١٣٩).

(٢) قال الحافظ في " التلخيص " (٣ / ١٣٩) وفي سنده محمد بن يوسف المقريء وهو متهم بالوضع.

وفي سنن الدارقطني: محمد بن يوسف بن موسى المقريء، ولم أجد له ترجمة في " الميزان " إلا أن يكون هو محمد بن يوسف بن يعقوب، وقد اتهمه الخطيب والدارقطني بالوضع.

انظر: " الميزان " (٤ / ٧٢).

(٣) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٥ - ١٥٦).

(٤) (٣ / ١٣٩).

(٥) زيادة من نسخة أخرى.

الحاكم[1] من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلاً، وإن كان في سند الموصول عمرو بن قيس عن الزهري ضعيف فهو عند البيهقي[2] من وجه آخر، وإن كان فيه رجل لم يسم فالجميع متعاضد.

وقد قلتم بموجبه في البئر الجاهلية فلا محيص لكم عن قبوله في الإسلامية.

قلنا : عملنا بالزيادة في خبر عبدالله بن مغفل إعمالاً للدليلين، قالوا فتلزمكم الزيادة في بئر الزرع كأبي يوسف ومحمد، قلنا مرسلة قالوا: أصلكم قبول المراسيل وأما حريم البئر الجاهلية فخمسون اتفاقاً، وأما حريم العين فاستحسن الهادي[3] خمسمائة ذراع للعين الكبرى الفوارة من كل جانب بلا نص، والأقرب قياسها على البئر الجاهلية ودونها على الإسلامية، وكل فيها على أصله.

وأما المسيل فحريمه قدر ما يتسع لطرح ما يزال منه تنظيفه وقدره أبو يوسف بمثل نصفه من كل جانب ومحمد بمثل- كله من كل جانب.

وأما قول المصنف (*إلا المالك*) فينبغي أن يراد به مالكهما أي النهر والحريم معاً لأن ملك أحدهما لا يسوغ التصرف في الحريم لأنه إن كان ملكاً لغير مالك النهر فحق الحريم يمنعه عن إحيائه وملك غير مالك النهر له يمنع مالك النهر عن فعل غير ما يستحق فيه.

وإذا عرفت هذا وعرفت أنه ليس في الباب نص يعول عليه فليس الرجوع في التقادير إلا إلى نظر من إليه ولاية النظر في جلب المصالح ودفع المفاسد من إمام وحاكم في كل زمان ومكان بحكمهما [١٢/٤].

---

(١) في " المستدرك " (٤ / ٩٧) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٦) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٠١) .

وأما حريم الدار فقيل مقدار أطول جدار فيها، وقيل ما تبلغ إليها أحجارها لو انهدمت، والقياس هو القياس للكبيرة على البئر الجاهلية والصغيرة على الإسلامية بجامع الحاجة في الفرع إلى ما يحتاج إليه في الأصل ·

(**لا**) أنه يمنع (**من جَرِّ ماء**) موجوداً (**في ملك غيره**) بأن حفر في ملك نفسه حتى نبع[أ] ماء في ملك الغير (**من ملك نفسه أو سقي بنصيبه**) في الماء بناء على[ب] صحة قسمته كما تقدم الكلام فيه فإنه لا يمنع أن يسقي به (**غير ذات الحق**) لأن الاستحقاق لمالك الأرض المعتاد سقيها لا لها ·

(أ) **قوله:** حتى نبع ماء في ملك الغير، أقول: وذلك لأنه حفر في ملكه الذي لا حق فيه لغيره فلا وجه لمنعه، وسواء حفر من أعلى أو [من][1] أسفل، وعن القاسم[2] لا يجوز له وقيل القياس الجواز أن تقدم ملك الحافر على النهر لا أن تأخر كما في شرح الأثمار والذي يقوى عندي كلام القاسم، أما إذا كان الماء الذي جره إلى ملكه ماء مملوكاً لجاره كأن يكون جاره استخرجه من الأرض، إلى ما حفره في ملكه فإنه قد نقله من مقره وحازه في حفرته في ملكه، فالذي جره بحفره في ملكه آخذ للماء المملوك بحيلة حفره في أرضه وهذه الحيلة لا تنتج له أخذ ملك غيره، وما هي إلا مثل حيلة صاحب القرد المعلم بإدخاله إلى دار قوم ليأخذ من متاعهم وحليهم ويخرجه إلى صاحبه، وإن كان الماء الذي في أرض جاره مباحاً فحفر الآخر في أرضه لينقله إليها فإنه أيضاً محرم لأنه قد سبق إليه من حازه فهو أحق به فلا يحل التحيل لإبطال حقه.

(ب) **قوله:** بناء على صحة قسمته يعني الماء، أقول: في أصول الأحكام قال القاسم لا بأس ببيع الماء في العيون والأنهار وقسمته بين الشركاء، ووجه قوله عليه السلام أنه لا خلاف في جواز القسمة فكذلك البيع والقسمة عندنا، وعند الأكثر بيع لأن حق كل واحد من الشركاء شائع في الجميع فإذا ميز حقه كان قد جعل لشريكه عوضاً عما أعطاه، انتهى. فعرفت أنه نقل الاتفاق على جواز القسمة.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى ·

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٩٤ – ٤٩٥) ·

وأما تخصيص مالكها لها بالسقي فلا يوجب لها عليه حقاً وهذا فيما إذا كانت الساقية مملوكة مشتركة، وقد وقعت القسمة بالمهايأة، وأما إذا لم يكن لمالك ذات الحق ملك في الساقية وإنما له حق المرور فلمن له الملك أن يمنع[أ] سقي غير المعتادة.

(أ) **قوله:** أن يمنع سقي غير المعتادة، أقول: منعه إضرار به مع أن مرور الماء من ساقية مملوكة نفع لها ليس عليها منه ضرر، ومنع مالكها لجاره أن يمر فيها الماء إضرار به، وقد أخرج البيهقي في السنن[1] الكبرى بسنده إلى عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من القريض فأراد أن يمره في أرض لمحمد بن مسلمة فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد بن مسلمة: لا، فقال عمر: والله ليمرنه ولو على بطنك، وأخرج [2]في معناه حديثاً مرفوعاً من حديث سمرة بن جندب أنه كان له غيضة من نخل في حائط رجل من الأنصار قال ومع الرجل أهله، وكان سمرة بن جندب يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر ذلك له فطلب النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فقال: هبه لي ولك كذا وكذا أمر من غيضه فيه فأبى، فقال: أنت مضار، وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للأنصاري اذهب فاقلع نخله"[3] انتهى. ثم ذكر أحاديث معارضة لهذا والحق أنه إذ كان فيه نفع لجاره ولا ضر عليه أنه لا يجوز له منع جاره لحديث[4] غرز الخشبة ونحوه.

---

(١) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٧) .

(٢) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥٧) .

(٣) أخرجه أبو داود في " السنن " رقم (٣٦٣٦) .

وهوحديث ضعيف .

(٤) تقدم وهو حديث صحيح .

وأما قوله (*إلا لإضرار* (١))[أ] يحصل على شريكه في استحقاق الماء فقد فسروه بأن يؤدي سقيه غير ذات الحق إلى جفاف الساقية المشتركة أو يكون له كفاية التي فوق الأسفل وللأسفل ما فضل عنها لأنه إذا صرفه إلى غيرها ذهب بالفضلة وكل هذا وهم على أصل الهادوية في عدم ملك الماء إلا بالنقل والإحراز ومبني على أن للشريك حقاً في تندية الساقية بمائه وفي إيصاله إليه وعلى أن الحق والأولوية للأرض لا لمالكها[ب] وكل ذلك في حيز مظلم.

(أ) **قولـه:** إلا لإضرار، أقول: هو استثناء من قوله أو سقى بنصيبه فقط لا إليه، وإلى قوله: لا من جر ماء في ملك غيره وهذا خاص بأن من جر الماء يحل له ولا يمنع، وإن ضر جاره وحديث(٢) لا ضرر عام، والجار أحق بعدم المضارة كما قدمنا، وأما هنا ففيه زيادة هو ما أسلفناه قريباً.

(ب) **قولـه:** لا لمالكها، أقول: الملك لمالكها والحق له يضعه فيها وهي لم يثبت لها حق إلا تبعاً للملك المالك لها، فكلامه لا حاصل له والبحث في أفق نَيِّر لا في حيز مظلم [١٣/٤].

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٨١٣) : قوله لامن جرماء في ملك غيره من ملك نفسه " وجه هذا أنه حفر في مسلكه فانسياق الماء إليه فضل من الله عزوجل ، فليس لمن كان الماء في ملكه أن يخاصمه لأنه لا يجد عليه سبيلاً يقتضي الخصومة ، وهكذا من سقى بنصيبه غير ذات الحق فإنه لما كان مستحقاً للسقي جاز له أن يصرفه حيث شاء ويسقي به من أراد من أملاكه حيث لا مجاوزة للمقدار المستحق وإلا كان ممنوعاً من الزيادة التي زادها في السقي لغير الحق ، ولهذا استثناه المصنف بقوله إلا ضرار فهذا الاستثناء صواب.

(٢) تقدم وهو حديث صحيح لغيره .

(فصل)

(**و**) إنما (**يملك الماء بالنقل**) لـه من الأرض (**و**) لا حاجة إلى ذكر (**الأحراز**) لأن الحرز إنما يشترط لقطع السارق لا للملك فلو بدل الأحراز بالحوز لكان أولى، وأما قوله: (**أو ما في حكمهما**) فهو كما ينصب إلى المقار المتخذة له في الملك (**فيتبعه أحكام الملك**) من صحة بيعه وضمانه وقطع سارقه إذا بلغ النصاب ونحو ذلك (**وهو مثلي**)[أ] يجب ضمانه بمثله لا بقيمته (**في الأصح**) وقال الناصر[1] والمؤيد وأبو حنيفة قيمي لتفاوته بالعذوبة والملوحة والخفة والثقل، قلنا لا تخلو[ب] المثليات من التفاوت المغتفر (**وما سوى ذلك**) المنقول المحرز وما في حكمه وهو ماء الأودية[ج] والجبال

فصل وإنما يملك بالنقل والأحراز

(أ) **قوله**: وهو مثلي، أقول: لم يستدل له الشارح بل اكتفى برد دليل الخصم، واستدل له في الغيث بقوله صلى الله عليه وآله وسلم في تشبيه ماضي الدنيا بباقيها كشبه الماء بالماء، والقصد المبالغة فهو أبلغ الأشياء مشابهة ومثله في شرح "الأثمار" ولأنه قد ذكر فيه المد والصاع، هذا ولا يخفى أنه كان الأحسن تقديم الحكم بأنه مثلي على التقسيم أو تأخيره عن الأقسام لا توسيطه، وقد سلك الأثمار الأول وتبعه عليه "الفتح".

(ب) **قوله**: قلنا: لا تخلو المثليات عن التفاوت المغتفر، أقول: قال البعض[2] أنه من المثليات إذا كان من نهر واحد لئلا يختلف بالخفة والثقل، وقيل يعتبر فيه عرف جهته وكلام الشارح أقرب.

(ج) **قوله**: وهو ماء الأودية، أقول: الضمير لما سوى ذلك لا لقوله وما في حكمه وإن كان الأقرب ذكراً لأن الذي في حكم الملك هو مواجل الحصون والبيوت.

---

(1) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٧ / ٤٩٩) .

" البحر الزخار " (٤ / ١٠٢) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٧ / ٤٩٩) .

والفلوات (**فحق**) أي مباح ولو قال كذلك[أ] لكان هو الصواب لأن المباح أخص من الحق، فكل مباح حق لكل أحد وليس كل حق مباحاً لجواز اختصاص الواحد به فكانت أقسام الماء على هذا منقول محوز ومحوز غير منقول، وغير منقول ولا محوز ثلاثة، فأما الثالث فإنه لمن سبق إليه قدر كفايته[ب]، ولو قال كذلك لكان هو الصواب لإيهام ترك القيد اختصاصه بما زاد على كفايته وليس كذلك اتفاقاً .

وأما الثاني فمختلف فيه، المذهب أنه مباح، وعند أصحاب الشافعي[1] وقديم قولي المؤيد بالله [2]أنه ملك وقد يتوهم[ج] الفرق بين ماء الآبار والعيون المستخرجة منه وبين ماء

(أ) **قولـه:** ولو قال كذلك لكان هو الصواب، أقول: لذلك عبر "الأثمار" بالمباح حيث قال في تقسيم[3] الماء أنه ملك وحق ومباح اتفاقاً فجعل هذه الثلاثة الأقسام متفق على أحكامها، فماء الفلوات حق اتفاقاً لمن سبق إلى الأحياء مثلاً عليها وهي مباحة اتفاقاً إن لم يسبق إليها أحد، فإن سبق بالأحياء مثلاً عليها فهو أحق به، فهذان متفق عليهما كالاتفاق على ملك ما نقل وأحرز، ومحل الخلاف الرابع وهو المستخرج في ملك أو الواقع أو التابع فيه بنفسه ومثله في "الفتح".

(ب) **قولـه:** قدر كفايته ولو قال كذلك لكان هو الصواب، أقول: هذا ذهول عن قول المصنف فحق لمن سبق إليه قدر كفايته فقد أتى المصنف باللفظ الذي زاده الشارح لكن لفصله له عن قول المصنف لمن سبق ظن أنه لم يذكر فأخره الشارح واحتاج يقدر ما صرح به المصنف فيما يأتي.

(ج) **قولـه:** وقد يتوهم الفرق، أقول: هذه التسوية هي رأي المصنف ومن تبعه فجعل الواقع في المقار المملوكة وهي بالقاف والراء جمع مقر اسم مكان لمحل قرار الماء ملكاً لذي الأرض والمستخرج فيها كالآبار حقاً للمالك، ولا شك أنهما معاً واقعان في ملكه . بل ماء الآبار أشد عناية في استخراجه وتحصيله، فلو عكس الأمر وقيل: إنه ملك والواقع في المقار حق لكان أقرب لأنه قد نقله من باطن

---

(١) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٢) .

(٣) انظر تفصيل ذلك في " البيان " للعمراني (٧ / ٤٨٢) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩) .

حيز من ماء السماء في المقار المتخذة له، فلهذا حكم المصنف بأن ما حازته المقار المتخذة لماء السماء حكمه حكم المنقول المحوز في الملك وجعل ماء الآبار ونحوها كماء السيول[أ] والفلوات وذلك فرق بلا فارق إذ الأقسام العقلية ثلاثة كما عرفناك[ب] لا يثبت العقل لها رابعاً على ما يقضيه القيدان الموجبان للملك.

إذا عرفت هذا قلنا في كون الثاني مباحاً حديث "المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار "[1] تقدم، قالوا: المراد به مياه الأعراب التي ينتجعونها كما صرح به[ج] حديث أبي هريرة المقدم أيضاً، قلنا[د]: موافقة حكم الخاص لحكم العام لا يخصصه إلا عند

الأرض إلى ظاهرها، وقد جنح مؤلف الأثمار إلى عدم الفرق كما ذهب إليه الشارح كما نقلناه عنه آنفاً وكان على الشارح أن يقيد قوله المقار المتخذة له بكونها مملوكة كما قيدت فيما سلف في أول الفصل وكأنه اكتفى به. . [ولله جزيل الحمد والمنّة][2].

(أ) **قوله:** كماء السيول والفلوات، أقول: أي أن ماء البئر مثلها إذا سبق إلى الأحياء عليها أحد حتى صار له حق فيها لا أنه كماء الفلوات المباح.

(ب) **قوله:** ثلاثة كلما عرفناك، أقول: وأما جعل الأثمار لها أربعة فلأنه قسم الثالث وهو ما ليس بمملوك ولا محوزاً قسمين، إما أن لا يسبق إليها أحد فمباح أو سبق إلى الأحياء إليه أحد فهو حق.

(ج) **قوله:** كما صرح به حديث أبي هريرة، أقول: تقدم في شرح قوله والمسبل يتبعه.

(د) **قوله:** قلنا موافقة حكم الخاص.. إلخ، أقول: وهي مياه الأعراب وحكم العام هو شركة الناس[3] في الماء العام لا يخصصه أي لا يخصص العام بقصر[4] الحكم على الخاص بدون العام وأبو ثور يخصصه به وهو مردود في الأصول.

---

(١) تقدم نصه وتخريجه .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) انظر : " الوسيط " للغزالي (٤ / ٢٣٤ ، ٢٣٥) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩ – ٣١٠) .

(٤) " البحر المحيط " (٣ / ٢٢٢ – ٢٢٣) " المستصفى " للغزالي (٣ / ٢٦٤ – ٢٦٥) " إرشاد الفحول " (ص ٤٦٠ – ٤٦٢) بتحقيقي .

أبي ثور كما تقرر في الأصول، قالوا[أ] "عموم" قد أخرجتم منه المنقول المحوز وما في حكمه وجعلتم ما في حكمه ماء المقار المتخذة لحوز ماء السماء والآبار والعيون المستخرجة، متخذة لحوز ما فيها من ماء الأرض، وكون أحد المحوزين بالملك ماء سماء والآخر ماء أرض وصفان طرديان في الفرق [٤/١٤]، قلنا: لأن النهي متعلق بمنع الفضل ولا فضل فيما نقل ونحوه، قالوا: الماء في الأصل مباح كالأرض الميتة، قلنا[ب]: نحن نقول بالموجب فيما لا فضل فيه والنزاع[ج] إنما هو في الماء العد أي الدائم في الملك، قالوا: الماء في الأصل مباح كالأرض الميتة، وقد تقدم دعواكم الإجماع على أنها تملك بالإحاطة لحديث:" من أحاط حائطاً على أرض فهي له "[1] تقدم فيقاس الماء عليها بجامع الإباحة الأصلية في أن

(أ) **قوله:** قالوا عموم، أقول: أي لفظ الماء في حديث الناس شركاء عام خصصتم من عمومه ما نقل وحيز فقلتم إنه يملك أي وتقول الشافعية والمؤيد ونحن نخص ما حيز ولم ينقل بأنه ملك للحائز قياساً على الإحاطة على الأرض المباحة [٤/١٤].

(ب) **قوله:** قلنا نحن نقول بالموجب [فيما لا فضل فيه][2] أقول: أي نقول بموجب دليلكم في أن المحوز غير المنقول ملك إذا كان لا فضل فيه على كفاية من حازه.

قلت: وفيه تأمل فإنه ليس إلا أحق به عندهم لا أنه يملكه فيبيعه أو يعاوض به.

(ج) **قوله:** إنما النزاع في الماء العدِّ أي الدائم في الملك، أقول: العد بكسر المهملة بعدها مهملة هو الماء الذي له مادة لا تنقطع كماء العين، والكثرة في الشيء والقديم من الركايا كما في "القاموس"[3]، فتفسيره بالدائم في الملك فيه نبوة.

---

(١) أخرجه أبو داود رقم (٣٠٧٧) وأحمد (١٢ ، ٢١) .

وهو حديث ضعيف وقد تقدم .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " القاموس المحيط " (ص ٣٨٠) .

الإحاطة عليهما توجب الملك لكل منهما، قلنا: لأن النهي متعلق بمنع الفضل ولا فضل فيما نقل ونحوه.

قالوا: الملك لا يتوقف[أ] على النقل، قلنا : مسلم في غير الماء والماء خرج [بالنص

(أ) **قوله:** قد لا يتوقف على النقل، أقول: أما عند معتبري النقل فلا بد منه بالاتصاف بالملك.

(فائدة) : في "الغيث" : اعلم أن المباحات في الماء وغيره من سبق إلى شيء منها كان أولى به كالجلوس في الأسواق، قيل إذا كان مباحاً أو مسبلاً للوقوف فيه، فأما لو كان ملكاً احتاج إلى إذن المالك فإن كان موضوعاً للاستطراق لم يكن لأحد أن يقف فيه.

قال في شرح الإبانة عن الناصر يجوز الوقوف في السوق إذا كان واسعاً إذا لم يضر، هذا مذهب أصحابنا والشافعي أن العبرة بالمضرة.

وقال أبو حنيفة يجوز الوقوف إذا لم يمنعه أحد من المسلمين، فاعتبر المنع وقد حكم الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعلي عليه السلام بما ذكرنا، قال: ومتى جلس في موضع فله حريمه من كل جانب قدر ما يضع فيه متاعه، ويمكنه البيع والشراء ويكون أحق به إلى العشى، وقال الغزالي: إلى الأبد ما لم يضرب وهكذا إذا اعتاد موضعاً في المسجد، انتهى.

قلت: أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى"[1] بسنده إلى الأصبغ بن نباتة المجاشعي أن علياً عليه السلام مر بالسوق فإذا دكاكين قد بنيت بالسوق، فأمر بها فخربت وسويت، قال: ومر بدور بني البكاء فقال: هذه من سوق المسلمين فأمر أن يتحولوا وهدمها، وقال علي رضي الله عنه من سبق إلى مكان في السوق فهو أحق به، قال فلقد رأيتنا نبايع الرجل اليوم ههنا وغداً من ناحية أخرى، وأخرج من حديث نافع عن مالك[2] عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال" لا يقيم الرجل الرجل من مجلسه ثم يجلس فيه " وفعل علي عليه السلام دال على أن النهي متوجه إلى من قد قعد فيه ذلك اليوم.

---

(١) في " السنن الكبرى " (٦ / ١٥١) .

(٢) في " الموطأ " (٤ / ٤٤٢ رقم (١٩٣٨ - ٤ -) برواية يحيى الليثي .

=

قالوا الماء في الأصل(أ) مباح كالأرض الميتة وقد تقدم دعواكم الإجماع على أنها تملك بالإحاطة لحديث:" من أحاط حائطاً على أرض فهي له "(١) تقدم، فقياس الماء عليها لجامع الإباحة الأصلية في أن الإحاطة عليهما توجب الملك لكل منهما](٢) قالوا : المراد بالشركة

قلت: وأما اعتياد موضع في المسجد فلا يثبت فيه حق للنهي عنه، أخرج أحمد(٣) وأبو داود(٤) والترمذي(٥)وابن ماجه(٦)والحاكم(٧) عن عبد الرحمن بن شبل " نهى عن نقرة الغراب وافتراش السبع وإن يوطن الرجل المكان في المسجد كما يوطن البعير" وكذا تحجر موضع السجادة لا يثبت به حق، فللمصلي نقلها لأن الحق في المسجد لمن حضر الصلاة فيه حال حضوره، ولا حق فيه قبل ذلك، ثم الأظهر أنه لا يثبت له حق بعد يوم وقوفه، لأن القعود ليس من الأسباب التي تثبت بها الحقوق في غير حينه، فغير كلام الغزالي أولى إلا أنه أقرب إلى عدم التشاجر.

(أ) **قوله:** لأن الماء في الأصل مباح، أقول: أما في الملك فمحل النزاع فلا يتم القياس المذكور، والشارح قد جنح إلى تصحيح ملك الماء المستخرج في الأرض المملوكة أو الواقع فيها أو النابع منها، وهو مذهب المنصور والإمام يحيى(٨) والشافعي(٩)، فالمملوكة عندهم من المياه قسمان ما نقل وأحرز وما كان في الأرض المملوكة، وقد قدمنا تحقيق البحث في آخر فصل التحجر.

= قلت وأخرجه البخاري رقم (٩١١ ، ٦٢٦٩ ، ٦٢٧٠) ومسلم رقم (٢٧ ، ٢٨ / ٢١٧٧) .

(١) تقدم تخريجه وهو حديث ضعيف .

(٢) مابين الحاصرتين جاءت متقدمة وهي مكررة .

(٣) في " المسند " (٣ / ٤٢٨) .

(٤) في " السنن " رقم (٨٦٢) .

(٥) في " السنن " رقم (٢٧٤٩) .

(٦) في " السنن " رقم (١٤٢٩) .

(٧) في " المستدرك " (١ / ٢٢٩) ، وهو حديث حسن بطرقه .

(٨) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٢) .

(٩) " البيان " للعمراني (٧ / ٤٨٢ – ٤٨٣) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩ – ٣١٠) .

في الثلاثة أنه لا ينبغي منعها ، وإن نقلت وحيزت دليله النار فإنها لا تكون بالفعل إلا في حطب وفحم ، مملوكين ، فلو حكمنا بإباحتها لحكمنا بإباحة محلها المملوك إجماعاً ولا تقولون به فيحمل النهي على الكراهة وهي لا تنافي الملك.

قلنا: ثبت الوعيد على منعه كما تقدم في حديث أبي هريرة[1]، ولا وعيد على ترك مندوب، وإذا ثبت أنه مباح كان (**لمن سبق إليه قدر كفايته ولو**) كان (**مستخرجاً من ملك في الأصح**) إشارة إلى خلاف المؤيد[2] والشافعية[3] المذكور (**لكن**) الحكم بإباحة الماء لا يستلزم الحكم بإباحة محله بل (**يأثم الداخل**) إلى المحل (**إلا بإذن**) من مالك المحل .

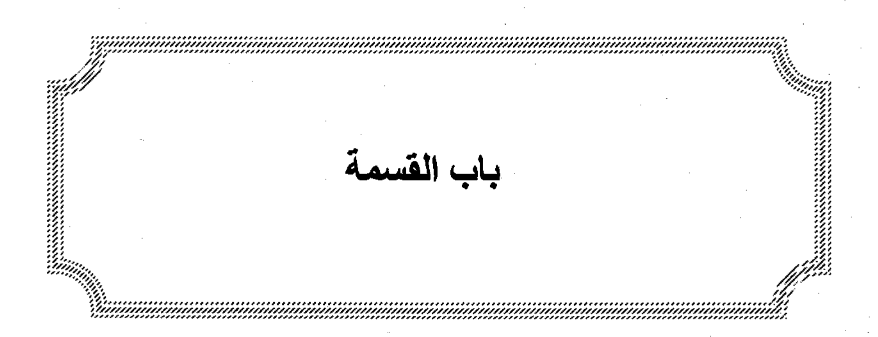
(**و**) الماء الذي في الملك وإن جعلناه مباحاً فالمباح منه إنما هو ما فضل عن كفاية مالك المحل وحينئذ يأثم (**الآخذ**) منه (**على وجه يضر**) أخذه بمالك المحل بأن ينقص عن كفايته إلا أنا عرفناك أن معنى أولوية المالك أولويته لكفايته في الحال لأنا لو جعلناه أولى بما يكفيه دائماً لما تحققت إباحة ما يُجَوَّز نفاذه وانقطاعه حتى ماء الأنهار.

---

(١) تقدم وهو حديث صحيح .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٢) .

(٣) " البيان " للعمراني (٧ / ٤٨٢ – ٤٨٣) " روضة الطالبين " (٥ / ٣٠٩ – ٣١٠) .



باب القسمة

(فصل)

(***يشرط في الصحة حضور المالكين أو نائبهم أو إجازتهم***) لأنها في القيمي بيع ولا بيع إلا من متبايعين، ولهذا قال: (***إلا في المكيل والموزون***) لأنهما مثليان فيجوز لكل من الشركاء أخذ نصيبه بلا حضور شريكه .

(***و***) يشرط للصحة أيضاً (***تقويم المختلف***) الأجزاء في القيمة لئلا يقع الغبن وفيه نظر[أ] لأن الغبن إنما يمنع في ما لو كان على مال صغير أو غائب [١٥/٤] وأما غيرهما فهي في حقه كالبيع وقد تقدم أنه يصح مع الغبن الفاحش أيضاً .

باب القسمة

(أ) **قوله:** وفيه نظر، أقول: جعل "الأثمار" هذا شرطاً للإجبار لا للصحة، قال في شرحه واستدل لذلك بأنهم قالوا: إذا وقع الغبن الفاحش لم ينقض القسمة إن لم يكن فيهم صغير ولا غائب ولا تقويم مع الغبن الفاحش.

وقالوا: إذا قسم المكيل جزافاً صح على قولنا أن قسمته [١] إفراز، وترك الكيل كترك التقويم، وهذا هو الذي اختاره الفقيه ف[٢] للمذهب، انتهى. فإذاً قد قالوا بصحة القسمة مع الغبن الفاحش وبصحة قسمة المكيل جزافاً، وفي أنهم لم يجعلوا التقويم شرطاً للصحة، .

ثم قال: واعلم أن المؤلف لم يشترط لصحة القسمة إلا الحضور وما في حكمه، وجعل باقي الشروط للإجبار كما ترى لا كما في "الأزهار" وغيره لأن ذلك هو الصحيح الموافق لقواعد المذهب، انتهى.

قلت: وقد تابعه الفتح على هذا، انتهى والله أعلم [١٥/٤].

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٠٧) .

(٢) أي الفقيه أبو يوسف .

(**و**) كذا الكلام في اشتراط (***تقدير المستوى***) بالكيل والوزن لأنهم[أ] جوزوا الجزاف في البيع ولا مخصص للقسمة باشتراط التقدير لأن الشرط إنما هو حصول التراضي من أهله (**و**) أما اشتراط (***مصير النصيب إلى المالك أو المنصوب الأمين***) له ففي المثلي عرفت أنه يصح انفراد الشريك بأخذ نصيبه منه، ولا يجب عليه حفظ نصيب شريكه إذا لم يكن المشترك في يده، فلا وجه لاشتراط ذلك في المثلي، وأما في القيمي فاشتراط[ب] الحضور كاف عن هذا الشرط.

(أ) **قوله:** لأنهم جوزوا الجزاف في البيع، أقول: الأولى حكموا بصحة بيع الجزاف لأن الكلام هنا في الصحة لا في الجواز، على أنك قد عرفت أنهم قالوا بصحة قسمة الجزاف هنا، كما سلف آنفاً عن "الأثمار" فلا حاجة إلى قياس القسمة على البيع، وأيضاً فلم يخصصوا البيع بذلك، نعم روى عن المهدي أنه قال: إن قسمة المستوى لا تصح جزافاً بل لا بد من التقدير وإن خالف قولهم.

قلت: وهو الذي يوافق قول الأزهار والتقدير في المستوى، وإن قال في "الغيث"[1] أنه يصح جزافاً فقد رجع عنه فالقياس في كلام الشارح للقسمة على البيع يصح إلزاماً له.

وأما في "البحر"[2] فإنه اختار مثل كلام حفيده حيث قال فإن تراضوا بإفرازه فالأقرب الصحة، انتهى.

قال شارح "الفتح" : وهذا هو الذي اختاره إمامنا يعني صاحب "الأثمار".

(ب) **قوله:** فاشتراط الحضور كاف، أقول: قد حذف هذا القيد مؤلف "الأثمار"، قال شارحه لأن ذلك قذفهم من قوله الحضور أو ما في حكمه، فإذا حضر المالك وخلى بينه وبين حصته كفى، وأيضاً فإن ذلك يوهم أن مصير النصيب إليه أمر زائد على حضوره.

---

(١) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٧ / ٥٠٧) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٣) .

(**و**) كذا الكلام في اشتراط (***استيفاء***) كل من الشريكين (***المرافق على وجه لا يضر أي الشريكين حسب الإمكان***) كالكلام[أ] في الغبن الفاحش (**و**) أما اشتراط (***أن لا تتناول***) القسمة (***تركة مستغرق بالدين***) فصحيح على القول بأن الوارث ليس بخليفة وأما على القول بأن خليفة ينوب مناب الميت في انتقال الدين إلى ذمته فلا وجه لهذا الشرط، ثم لا يخفى أن المستغرق بالدين هو التركة نفسها لا الميت، فكان الصواب أن يقال تركة مستغرقة بالدين، هذه شروط [صحة][(1)] أصل القسمة.

(**و**) أما المشترط (***في الإجبار***) للممتنع عنها عليها فأمران، أحدهما (***توفية النصيب من الجنس***) أي من نفس جنس المقسوم فلا يجب عليه أن يقبل توفية نصيبه من غير جنسه (***إلا في***) ما تضره القسمة ونحوه مما قسمته بمجرد (***المهايأة***) فإنه لا سبيل إلى أخذ أحد الشريكين نصيبه إلا من غير جنس المقسوم، لكن هذا وهم[ب] لأن

(أ) **قوله:** كالكلام في الغبن الفاحش، أقول: ينظر في تطبيقه على ذلك، وأما الأثمار فحذف هذا القيد، قال شارحه: حذفه لأنه قد دخل فيما سبق يريد في عبارة الأثمار وفي كلامه تأمل أيضاً وكأنه يريد أن هذا القيد لا حاجة له، لأنه كما يدخل في المبيع ما ذكر يدخل في المقسوم.

(ب) **قوله:** وهم لأن المهأياة، أقول: هذا مبني على أن المراد بهذا ما يقبل القسمة بالمهأياة، وأنه يعدل في قسمته إلى غيرها فينافي ما يأتي، ولا شك أن عبارة المصنف هنا وفي "الغيث"[(2)] توهم ذلك، وقد نبه شارح "الأثمار" على ذلك حيث قال: إنما عدل عن قوله إلا في المهاياة لأنه يوهم غير المقصود وهو أن ذلك في قسمة غير المهأياة، وليس كذلك بل المراد فيما تدخله المهأياة كما تقدم، وقد أصلح العبارة البعض فقال: إن المراد بهذا ما تدخله المهأياة فإنه لا يعتبر فيه توفية النصيب من الجنس، بل يصح من غيره ويجبر على ذلك الممتنع وذلك كشيئين مختلفين كسيفين ونحوهما، فيصح أن يزاد مع أحدهما دراهم ونحوها ولو كانت من غير التركة.

---

(1) زيادة من نسخة أخرى.

(2) "شرح الأزهار" (٧ / ٥١١) "البحر الزخار" (٤ / ١٠٣).

المهاياة يحصل بها على التوفية من الجنس بلا شك (**و**) ثانيهما أن تكون تلك القسمة التي يجبر عليها بحيث (***لا يتبعها قسمة***) قيل لأن القسمة مشروعة لدفع ضرر الشركة فإذا بقي بعد تلك القسمة اشتراك فالضرر باق فلا وجه للإجبار مع انتفاء الفائدة وفيه نظر لجواز حصول الضرر من بعض الشركاء دون بعض فتميز الضار عمن لا ضرر منه كاف، وأما قوله منه (***إلا***) أنه يصح قسمة مايهايأ بغير المهايأة والقسمة التي يتبعها قسمة (***بالمراضاة***) فاستثناء منقطع لأن الكلام في الإجبار.

(فصل[أ])

(***وهي في المختلف كالبيع***) وقال القاسم [1] والهادي لا تكون كالبيع مطلقاً، قيل، أما ما لا يقسم بعضه في بعض فكالبيع إجماعاً (**و**) وعلى هذا لا يوافق البيع (**في**

وقيل: إنما يجبر إذا كان الزائد من التركة لأن ذلك بيع وهو لا يجبر على بيع ملكه وكلام الأثمار والأزهار يحتمل القولين، بل هو أقرب إلى القول الآخر على أن هذه الصورة المذكورة التي مثلت بها المهايأة لا تسمى قسمتها مع التوفية مهاياة في اصطلاح الفقهاء، ولذا احتاج الشارح إلى تقدير "غير".

(أ) **فصل:** وهي في المختلف كالبيع، أقول: هذا الفصل مبني على تخريج أبي طالب[1] وأبي العباس للهادي وهو خلاف نصه فالعجب جعل المذهب ما أخرج له لا ما نص عليه، ولها نظائر في هذا المختصر ثم مراده أنها تشبه البيع في الأربعة الأمور التي عدها، وقد حقق الشارح أن ثبوت الأولين من الأربعة وهو الرد بالخيارات والرجوع بالمستحق ينافي القسمة لعدم التساوي وهو شرط في القسمة هذا الذي قاله حق، وأما الثالث وهو لحوق الإجازة فقد جعلوه أحد شروط صحة القسمة حيث قال: يشترط لصحتها إلى قوله أو إجازتهم، وأما الرابع وهو تحريم مقتضى الربى فهو كما قال الشارح فرع كونها بيعاً فالحق أنها ليست كالبيع مطلقاً كما قاله الهادي والقاسم، انتهى [١٦/٤].

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥١٩) .

الرد بالخيارات) الثلاثة الماضية [١٦/٤] (***والرجوع***) على شركائه (***بالمستحق***) عليه (***ولحوق الإجازة***) للقسمة الموقوفة (***وتحريم مقتضى الربا***) بل في المختلف (***وفي المستوى***[١]) كليهما (***إفراز***)[أ] وقال الناصر والمؤيد والإمام[٢] يحيى وقول

(أ) **قوله:** إفراز، أقول: الفرز عزل الشيء عن الشيء وتمييزه عنه كالإفراز كما في "القاموس"[٣]، ومراد الفقهاء هنا بالإفراز أن لا معاوضة بين الشركاء، بل ما تمت إلا تمييز كل شريك نصيبه، ثم لا يخفى أنهم قالوا أنها كالبيع في المختلف لا أنها بيع حقيقي، فقول الشارح أنه لو كان بيعاً غير موافق لعبارتهم فما هي عندهم بيع من كل وجه، إلا أنه يحتاج إلى الدليل في إثبات بعض أحكام البيع دون بعض، قال في "المنار"[٤] الخصم مثلاً يقول كل حبة مشتركة نصفها لزيد ونصفها لأخيه وكذلك اللبن ولذا تصح فيه الشفعة، ثم قال على الجملة لم أعقل هذا الإفراز إذ لا يقول عاقل أن حق زيد متميز عن حق شريكه قبل القسمة، بل كل جزء مشترك فيلزم أنه صار بالقسمة لكل واحد بعض حق صاحبه بمقابله من حقه فهي مبادلة خاصة دل الشرع على صحتها، ولقد أذكر استنكاري هذا الإفراز أول ما طرق سمعي في أول الطلب ولم أبرح، انتهى.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ٨١٨ – ٨١٩) وأما قوله : " وفي المستوي إفراز " فغير ظاهر لأن العلة التي صار بها غير المستوي كالبيع حاصلة في المستوي إذ نصيب كل واحد من الشركاء ثابت في كل أجزاء المستوي كما هو ثابت في كل أجزاء المختلف ، ثم اعلم أن هذا التشبيه لها بالبيع هو خاص بهذه الأحكام التي ذكرها المصنف في هذا الفصل فلا يكون كالبيع في غيرها وقد بين ذلك أوضح بيان بقوله هي في المختلف كالبيع في كذا وكذا إلخ فلا يرد عليه الاعتراض بغير ماقد بينه هنا .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٣) .

(٣) " القاموس المحيط " (ص ٦٦٨) .

(٤) (٢ / ١٢٤) .

للشافعي[1] بل هي في المختلف وفي المستوي كالبيع، لنا على الناصر والمؤيد أنها لو كانت كالبيع لما صح الإجبار عليها كالبيع وعلى الهادي[2] لو كانت إفرازاً في المختلف لما اعتبر في أخذ النصيب رضى الشريك وأجيب بمنع الملازمة مسنداً بأن الشركة كالرهن والإجارة يوجبان في الملك حقاً يمنع المالك من أخذ ملكه بغير رضى من له الحق وأخذه لا يكون بيعاً بالإجماع، ثم لو كان بيعاً لوجبت فيها أحكام البيع كلها واللازم باطل إذ يمتنع فيها الشفعة ويتولى طرفيها واحد ويجبر عليها ولا يحتاج إلى لفظين ولا تتعلق الحقوق بالوكيل فيها ولا تدخل الحقوق تبعاً ولا يحنث بها من حلف لا باع وأما موافقتها للبيع في الأحكام الماضية فالأولان لانكشاف عدم التساوي وهو شرط لها، وأما لحوق الإجازة فليس من خواص البيع، وأما تحريم مقتضى الربا ففرع كونها بيعاً وهو محل النزاع.

قلت: ولا يخفى ظهور ما قاله إلا قوله ولذا تصح فيه الشفعة، ففي "البحر"[3] الإجماع على عدم صحة الشفعة في ذلك المختلف فضلاً عن المثلي فينظر، وكلامه نقيض ما جنح إليه الشارح رحمهما الله تعالى، حتى قال "المنار"[4] إنه مبادلة خاصة تصح فيها الشفعة، والشارح قال إن أخذ المالك كحصته بدون رضى شريكه لا يكون بيعاً بالإجماع، وقدمنا تحقيق أنها ليست بيعاً وإن ثبت بدليل مشاركتها البيع في بعض لوازمه وأحكامه فلا يقتضي ذلك أنها مثله في غير ما ثبت دليله، فتذكر قال ابن حزم[5] لو كانت بيعاً لما جاز أن تأخذ البنت ديناراً والابن دينارين، ولأنه يحل قسمة ما يحل تملكه ولا يحل بيعه كالكلاب والسنانير.

---

(١) " مختصر المزني " (ص ٣٠١) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٥١٩ – ٥٢٠) .

(٣) " البحر الزخار " (٤ / ١٠٤) .

(٤) (٢ / ١٢٤) .

(٥) في " المحلى " (٨ / ١٢٨) .

(**فصل**)

(**و**) المشتركون (**لا يجابون**) إلى ما طلبوه من القسـمة (**إن عم ضررها**) جميعهم بمعنى أن الحاكم لا يجبر من امتنع منها وقال مالك[أ] [1] بل يجبر قلنا نهى عن الضرار.

(فصل) ولا يجابون

(أ) **قوله:** وقال مالك.. إلخ، أقول: في "النهاية"[2] لابن رشد المالكي، وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه فقال مالك إنها تقسم بينهم إذا دعا إلى ذلك أحدهم ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط، وهو قول أبي حنيفة [3] والشافعي[4] وعمدتهم قوله تعالى﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا ﴾[5] .

قلت: لا يخفى أن قسمة حبة لؤلؤ مثلاً بين عشرة من الورثة لا تعد قسمة، بل إتلافاً وإضاعة، ولا يحل أن يكلفنا به أيضاً لأنه تكليف بما لا يطاق ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، وليس ذلك من وسعنا، والشارح وإن سكت على كلام من قال بالقسمة فإنه قد أتى آخراً بالصواب وهو قوله، والحق ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن قسمة ما تضره القسمة إنما هي ببيعه وقسمة ثمنه، وهذا هو كما قال إنه الحق، ثم قال: وعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وآله وسلم" لا ضرر ولا ضرار "[6] وحديث جابر" لا تعضية على المواريث إلا ما حمل القسم "[7]

---

(١) " عيون المجالس " (٤ / ١٥٧١ – ١٥٧٢) .

(٢) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٣٨ – ٣٩) .

(٣) " الهداية " (٤ / ٣٧٢) .

(٤) " مختصر المزني (ص ٣٠١) .

(٥) [سورة النساء : ٧] .

(٦) تقدم تخريجه . وهو حديث صحيح لغيره .

(٧) كذا قال عن جابر ، عن أبيه ، وهو غريب ، فإن جابراً لا تعرف له رواية عن أبيه والحديث من رواية محمد بن أبي بكر بن حزم ، عن أبيه . أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (١٠ / ١٣٣) بلفظ : " لا تقضية في ميراث إلا=

وأجيب بأن الشركة ضرار ويجوز دفع عظيم الضررين بالأهون أعظم الضررين كالكي لذات الجنب، قلنا حيث لا يحصل لأحدهم ما ينتفع به فهو إضاعة مال، وأجيب بأن السلامة من ضرار الشركة نفع .

(**و**) وإذا تراضوا بالقسمة مع عموم الضرر وأراد أحدهم أن يرجع بعدها فإنه (**لا رجوع إن فعلوا**) القسمة مع عموم الضرر كمن رضي بعيب المبيع (**فإن عم نفعها أو طلبها المنتفع أجيبوا**) وإن ضرت غير المنتفع كبيع مال المفلس لقضاء حق غيره أما لو طلبها من تضره فقط، فقد تدافع عليه مفهومان: قوله فإن عم نفعهما وقوله أو طلبها المنتفع وقد رجح المصنف مفهوم الآخر وعلله بأنه سفه، وقال أبو حنيفة[1] وقول للشافعي[2] يجاب والسفه ممنوع لأن مصلحة انقطاع ضرر الشركة بدفعه.

والتعضية [3]التفرقة، يقول لا قسمة بينهم قال ابن حزم[4] إنه حديث مرسل ولفظه عنده: " لا تعضية على أهل الميراث إلا فيما احتمل القسم " ، قال ولو صح لكان حجة لنا لأن التعضية مأخوذة من قسمة الأعضاء وإنما الأعضاء للحيوان فقط. وقد قدم أن الرأس الواحد من الحيوان لا يقسم فلذا قال إن الحديث حجة له، انتهى [٤/١٧].

= ماحمل القسم " وأخرجه الدارقطني في " السنن " (٤ / ٢١٩ رقم ٦٠) والبيهقي (١٠ / ١٣٣) من طريق روح بن عبادة عن ابن جريج به باللفظ الذي ذكره ابن رشد ونقل البيهقي عن الشافعي في " القديم " أنه قال : لايكون مثل هذا الحديث حجة لأنه ضعيف ، وهو قول من لقينا من فقهائنا " قال البيهقي : وإنما ضعفه لانقطاعه ، وهو قول الكافة فالحديث ضعيف والله أعلم .

(١) " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٤٧٨) .

(٢) " مختصر المزني " (ص ٣٠٢) .

(٣) [التعضية : التفرقة من قوله تعالى ﴿ الذين جعلوا القرآن عضين ﴾] . [سورة الحجر : ٩١] .

(٤) " المحلى " (٨ / ١٣٢) .

(**ويكفي**) في تعديل الأنصباء للقسمة التي تقع بالإجبار (**قسام**) واحد اتفاقاً في الإفراز [١٧/٤] أما القيمي فيجب فيه (**عدلان**) إذ لا بد من تقويمه حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في تقويم جزاء الصيد وإلى ذلك ذهب الشافعي، وأما[أ] عبارة المصنف فصريحة في أنه لا بد من الثلاثة وليس كذلك لاشتراط عدالة القسام فهو كاف فيها عن واحد وإن باشر القسمة ٠

(**و**) أما (**الأجرة**) التي يطلبها فهي (**على**) قدر (**الحصص**) اتفاقاً في المكيل والموزون وأما في الممسوح والمعدود فالمذهب كذلك وقال أبو طالب[1] وأبو حنيفة[2] على الرؤوس لأن الغرض دفع ضرر الشركة وهم متساوون فيه، قلنا: الأجرة على العمل لا على الغرض وهو في الأكبر أكثر (**و**) ويجب أن (**يهايا**) أي يقسم بالنوبة (**ما تضره القسمة**) كالسيف والحمام والفرس وقال الشافعي[3] لا مهاياة إلا بالتراضي لاستلزامها اختصاص البعض بالتقدم والبعض بالتأخر فلا يتحقق التساوي قلنا للحاكم أن يقدم من شاء ويؤخر من شاء كبيع ماله لغرمائه.

(أ) **قوله**: وأما عبارة المصنف فصريحة.. إلخ ، أقول: عدل عنها "الأثمار" إلى قوله ويعتبر في التقويم عدلان وفي غيره واحد، قال الشارح: إنما عدل لأن عبارة "الأزهار" توهم أن عدالة القسام غير شرط وأنه يعتبر كون القسام غير العدلين فيصير ثلاثة، وأيضاً فإن لفظة عدلان محتملة لا يعرف ما أريد منها هل للتقويم أو لغيره، انتهى. وقول الشارح في الإفراز ليس المراد فيما قسمته إفراز حق يختص به المثلي بل مراده به التعيين والتمييز للأنصباء، وعبارة "الفتح "صريحة في ذلك حيث قال: ويعتبر في التقويم عدلان وفي الإفراز للحقوق بين الشركاء واحد.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٢٣) ٠

(٢) في " البناية في شرح الهداية " (١٠ / ٥٠٢ – ٥٠٣) ٠

(٣) " مختصر المزني " (ص ٣٠١) ٠

وأجيب بالفرق بأن لا حق في نصيب الشريك لشريكه بخلاف مال المـدين فحـق الغرماء متعلق به قلت الحق ما ذهب إليه ابن أبي ليلى[1] من أن قسمة ما تضره القسمة إنما هي ببيعه وقسمة ثمنه (**و**) يجب أن (**يخصص كل جنس**) من المنقـول وغـيره ولا حاجة[أ] إلى قوله (**في الأجناس و**) أما إذا كان الجنس واحداً جعـل (**بعض في**) مقابلة (**بعض**) ولا يجب أخذ النصيب من كل عين (**في الجنس**) الواحـد (**وإن تعدد**) أي إفراده لامتناع تعدده في نفسه هذا قول أبي يوسف ومحمد أنه يجاب من طلب الأصلح من تعديل أو تخصيص قياساً على قسمة الدار الواحدة بتعديل المنازل لا كل منزل لحصول الأضرار بذلك خلاف ما ذكره الإمام يحيى[2] للمذهب.

قلت: إلا أن الأصلح قد يكون للبعض دون البعض ولهذا قال مالك إن كانت أعيان الجنس الواحد في محال متعددة قسمت بالتخصيص وإن كانت في محل واحـد قسـمت بالتعديل وهو الحق لوجوب مراعاة مصلحة الكل مع ما أمكن من دفع مضرة الشـركة، ولهذا قال إنما يقسم بعض في بعض (**للضرورةٍ**) بأن تكون المنازل صغاراً تضرها قسمة

(أ) **قولـه:** ولا حاجة إلى قوله في الأجناس، أقول: حذفه في "الأثمار" وعبارته ويقسم كل جنس بعضـه ببعض حسب الضرورة والصلاح، قال الوابل: إنما عدل عن قوله للضرورة والصـلاح إلى حسـب الضرورة إفادة للمعنى المقصود، لأن عبارة "الأزهار"[3] تفيد أنه يقسـم بعـض في بعـض لأجـل الضرورة مطلقاً، وليس كذلك بل القسمة كذلك تكون للضرورة وبحسـبها، وكـذلك الصـلاح وعدل عن قوله في بعض لأن لفظة "في" غير صريحة في المقصود، وأما الباء بنقطة من أسفل فصـريحة في ذلك [٤/١٨].

---

(١) ذكره القاضي عبد الوهاب المالكي في " عيون المجالس " (٤ / ١٥٧٣) .

(٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٢٨) .

(٣) " شرح الأزهار " (٧ / ٢٥٨ – ٥٢٩) .

كل واحد فيعدل بأن يجعل واحداً مقابلاً لواحد إن أمكن (***أو الصلاح***) وإن لم يكن في التخصيص ضرورة مراعاة للمصلحة من دفع مفسدة مضرة الشركاء أو تقليلها بحسب الإمكان (***وإذا اختلفت الأنصباء***) في أرض بأن كان لأحد الشركاء جزءان وللآخر واحد قسمت أثلاثاً و (***أخرج الاسم***) عند القرعة (***على الجزء***) فيضم لصاحب الجزأين جزؤه إلى جانب، قال المصنف [١٨/٤] لأنه لو أخرج الجزء على الاسم لأدى إلى تفريق نصيب ذي الجزأين أو التشاجر في ضمه إلى الآخر وعدمه، فورد عليه أن ذلك مشترك بين العملين لأنه لم يضم له المتأخر إلى المتقدم إلا باختيار القسام والشريك لا بالقرعة[أ] ولهذا لم تكن هذه الكيفية إلا استحساناً طلباً لطيبة خواطر الشركاء، لا وجوباً (***وإلا***)[ب] تختلف الأنصباء (***فمخير***) بين إخراج الاسم على الجزء وعكسه.

(أ) **قوله:** ولهذا لم تكن هذه الكيفية.. إلخ، أقول: هذا عند أهل المذهب وفي "البحر"[١] أن الفريقين ورواية يحيى للمذهب أنها تفيد الملك، واستدل لهم بإقراعه صلى الله عليه وآله وسلم بين نسائه ورده بأنه إنما فعله صلى الله عليه وآله وسلم تطييباً لنفوسهن لا للملك، ورده "المنار"[٢] بأنها قد ثبتت القرعة في محال متعددة لا يتم معها التأويل بما ذكر، واختار أنها طريق شرعية بعد انسداد الطرق الشرعية غيرها، وقد تقدم البحث في ذلك.

(ب) **قوله:** وإلا فمخير، أقول: هنا صور أربع:

الأولى : أن تتفق أنصباء الشركاء المستويين في القدر ويتفق أجزاء الأرض ونحوها في القيمة.

الثانية: أن تختلف الأنصباء والأجزاء فيما ذكر.

الثالثة: أن تتفق الأنصباء وتختلف الأجزاء.

الرابعة: عكسها.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٥٦ – ١٥٧) .

(٢) (٢ / ١٢٦) .

(**و**) وإذا كان في المقسوم حق كطريق لغيرهما فإنه (**لا يدخل**) في القسمة (**حق لم يذكر**) بمعنى أنه لا يتبع كل نصيب قدره من ذلك الحق بل هو في المحل الذي كان فيه (**فيبقى كما كان**) في محله الأول وإن وقع في نصيب أحدهما وحده صرح المصنف في

مثال الأولى أن تكون الأرض بين الشريكين نصفين وهي مائتا ذراع قيمة كل ذراع درهم، ففي هذه الصورة يخير بين إخراج الاسم على الجزء أو العكس.

ومثال الثانية أن تكون أرض بين ثلاثة شركاء لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها وأجزاؤها مختلفة القيمة، فجانب كل ذراع بدرهم وجانب آخر لكل ذراع ونصف بدرهم، والجانب الثالث كل ذراعين بدرهم، فإنها تقسم أسداساً على الأنصباء بعد أن تعدل بالقسمة بأن يجعل السدس مما ثمنه كل ذراع درهم مائة ذراع ومما هو كل ذراع ونصف بدرهم مائة وخمسين ذراعاً ومما هو كل ذراعين بدرهم مائتا ذراع ثم يقرع فيخرج الأسماء على الأجزاء ولا يجوز العكس في هذه الصورة، ولا من أحد الطرفين لئلا يؤدي إلى التشاجر والغرر، فإن خرج سهم صاحب النصف أعطى ذلك الجزء وكمل له نصيبه مما يليه، وإن خرج سهم صاحب الثلث فكذلك، وإن خرج سهم صاحب السدس أولاً ابتدأ في الأجزاء الأخر وعلى هذا الترتيب.

ومثال الثالثة وهي حيث تختلف الأنصباء وتستوى أجزاء الأرض في القيمة بأن تكون الأرض بين ثلاثة نصف وثلث وسدس فتقسم الأرض أسداساً بالمساحة ثم يخرج الأسماء على الأجزاء كما في الصورة الثانية، بيان ذلك أنه لو أخرج الجزء على الاسم ربما خرج لصاحب النصف أو الثلث فيقول: هو إلى جهة المشرق مثلاً ويقولون بل إلى جهة المغرب مثلاً، ولو ابتدأ الإخراج من الوسط ربما خرج لصاحب السدس فيفرق بين أجزاء صاحب النص أو الثلث .

ومثال الرابعة أن تكون أنصباء الشركاء مستوية وأجزاء الأرض مختلفة القيمة نحو أن تكون الأرض بين شريكين نصفين وأحد جانبيها كل ذراع بدرهم والجانب الآخر كل ذراعين منه بدرهم وكل الأرض ثلاثمائة ذراع، فيجعل أحد النصيبين من الجانب الأول مائة ذراع والنصيب الآخر من الجانب الآخر مائتي ذراع، ثم يقرع بينهما كما في الصورة الأولى إما بإخراج الاسم على الجزء والعكس ولا يؤدي أيهما إلى شجار وذلك واضح ذكره فى شرح ابن بهران، وإنما طولنا بنقله لأن الشارح اختصر الكلام.

"البحر"[1] بذلك، وقد يتوهم أنهما لو قسما ما كان نصفين فصيرت القسمة ثلثه لجودته نصفه وثلثيه برداءتهما نصفه وكان له شرب فإنه لا يتبع الثلثين ثلثا الشرب بل يبقى بين الثلثين والثلث نصفين كما كان وذلك[أ] وهم لأن تبعية ثلثي الشرب لثلثي المساحة من استيفاء المرافق وهو مشترط في إيجاب القسمة إجماعاً (**ومنه**) أي ما يبقى كما كان (**البذر والدفين**) الموجودان في الأرض المقسومة فإنهما يبقيان لمالكهما كائناً من كان .

(**ولا يقسم الفرع دون الأصل**) خلافاً لوالدنا السيد يحيى واختاره شيخنا كاقتسام فروع القضب دون أصوله لانتفاء علة المنع أعني كونه بيعاً وإجارة كما سيأتي (**ولا النابت**) غير الزرع أما هو فسيأتي ولو قال ولا الشجر لكان أولى (**دون المنبت**) أي موضع النبات (**ولا العكس**) في الأمرين لأن قسمة ذلك بيع فيستلزم ذلك كون ما يختص به أحدهما يستحق البقاء في نصيب صاحبه أن شرطاه فتكون القسمة بيعاً وإجارة (**إلا**) أن يقسم أحد الأمرين دون الآخر (**بشرط القطع**) فإن القسمة تصح (**وإن بقي**) ما شرط قطعه لأن غاية تبقيته غصب لشيء من حق الشريك (**أو**) يكون النابت زرعاً فإنها تصح قسمة[ب] (**الأرض دون الزرع ونحوه**) مما له نهاية

(أ) **قوله:** وذلك وهم، أقول: تظهر قوة كلام الشارح وإن ذلك من شروط صحة القسمة ولا سيما على القول بأنها كالبيع "نعم" مثل البذر والدفين ليس من الحقوق والمرافق فلا يدخل.

(ب) **قوله:** أو قسمة الأرض دون الزرع[2]، أقول: أي: أنه يصح قسمة كل واحد من الأمرين لا بشرط القطع لفقد الغلة وإن بقي ولم يقطع، وقوله: ونحوه، أي: نحو الزرع وهو الثمر بالمثلثة يقسم الشجر دونه والأرض دون الزرع فإنه يصح، وهذا الاستثناء من قوله النابت دون المنبت أي أنه يصح في الزرع ونحوه قسمة المنبت أي الأرض دون الزرع، وعبر عنه الأثمار بلفظة الاستثناء حيث قال: إلا الأرض دون الزرع ونحوه وفرقوا بين الزرع والشجر فقالوا: بصحة قسمة الأرض دونه في

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٥٧) . (٢) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٣٤ – ٥٣٥) .

الأول دون الثاني، وإنما أجازوه في الأول.

قالوا: لأن الزرع على الأرض بمنزلة المتاع الموضوع عليها، وكذلك الثمر على الشجر، قالوا: وإنما منعوه في الثاني وهو الأرض دون الشجر لأنه ينافي الغرض بالقسمة لأنه يؤدي إلى أحد محذورين، إما أن يكون كل واحد من الشريكين لا يتمكن من التصرف والانتفاع بملكه، لأنه في ملك صاحبه أو لا يجوز لكل واحد من الشريكين أن يمنع صاحبه من الدخول إلى نصيبه، ومع هذين الطرفين لا يحصل الانتفاع بالقسمة، ذكره أبو طالب قال في "الغيث"[1] .

قلت وهذه العلة كما تلزم في قسمة الأرض دون الشجر تلزم في العكس وتلزم في الفرع دون الأصل، ثم قال: فإن قلت فلم جوزتم قسمة الأرض دون الزرع ولم تجوزوا عكسه وهو قسمة الزرع دون الأرض إلا بالتراضي.

قلت: لأن الأرض إذا قسمت دون الزرع أمكن تقسيط الأجرة لتميز نصيب كل واحد منها بخلاف ما لو قسم الزرع دون الأرض فإن الزرع يكون في بعضها خفيفاً وفي بعضها غليظاً فلا تتقسط الأجرة، انتهى. ولا يخفى ما فيه وبعد هذا رأيت في نسخة من الشرح ما لفظه: "والحق هو الجواز في الزرع وغيره" وقد ألحقنا في نسخة في الشرح عليها خط المصنف [١٩/٤]، وهي التي خشينا عليها وقد سبق الشارح إلى مثل كلامه صاحب "ضياء[2] ذوي الأبصار" فإنه نقل المحذورين ثم قال: قلت قسمة الأرض دون الشجر بالتراضي لا وجه لامتناعها، وأما ما ذكره من المحذورين فنقول: يجوز لكل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته ويدخل إليها ولا يمنع صاحبه ثم أتى بمثل كلام الشارح رحمه الله، والله سبحانه ولي التوفيق، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٣٣ – ٥٣٤) .

(٢) ضياء ذوي الأبصار في الكشف عن أدلة مسائل الأزهار " تأليف : السيد : أحمد بن محمد بن صلاح الشرفي الأهنومي .

شرح كبير على كتاب " الأزهار في فقه الأئمة الأطهار " تناول فيه الأدلة التي خلت من كثير منها الشروح الأخرى مع عزو الأقوال والفوائد المنقولة إلى أصحابها . تم يوم الثلاثاء لليلتين بقيتا من ذي الحجة سنة ١٠٤٢ .   =

معتادة ولكن فيه نظر على تعليل منع القسمة بأنها تكون بيعاً وإجارة لوجود العلة في الزرع وكذا على التعليل باستلزام، كونها قسمة يتبعها قسمة والحق هو الجواز في الزرع وغيره [١٩/٤] لأن للنابت قبل القسمة حق البقاء فشرط البقاء تصريح ببقاء الحق ومع السكوت عنه باق على الأصل لأنه لا يدخل في القسمة حق لم يذكر، بل يبقى كما كان كما تقدم (**و**) حينئذ (**يبقى**) إلى الحصاد لا (**بالأجرة**) على كل منهما لصاحبه.

وأما قوله إن (**على رب الشجرة أن يرفع أغصانها عن أرض الغير**)[أ] حيث تدلت إليها فإن أراد أن من جاءت الشجرة قسماً له يجب عليه أن يرفعها إذا سكتا عن ذكر رفعها وعدمه فقد تقدم أن كل حق يبقى كما كان وأنه لا يغير ما كان عن قسمة وإن ضر وإن أراد[ب] أن غير المقاسم يرفع أغصان شجرته إذا امتدت إلى هواء الغير فذلك معلوم من تحريم الغصب ولا وجه لتخصيصه من بين أنواع الغصب، ولو قال صاحب الشجرة لصاحب الهواء إذا تدلى فالمتدلي لك بثمره فإنه (**لا يملك بمجرد**) هذا (**الشرط**) وإنما ذلك إباحة يرجع فيها بالباقي لا بالتالف .

(أ) **قوله:** عن أرض الغير، أقول: عبارة "الفتح" عن ملك الغير وعن حقه.

(ب) **قوله:** وإن أراد أن غير المقاسم.. إلخ، أقول: ظاهر عبارته في "الغيث"[١] أنه أراد هذا ولفظه "وإذا أعوجت شجرة في أرض فصارت فروعها في غير أرض صاحبها وثمرها يسقط فيها حكم على صاحب الأرض الذي تساقط ثمر جاره إليها بتسليم الثمر وعلى رب الشجر أن يرفع أغصانها، انتهى. فغايته أنه حكم استطرادي.

= "مؤلفات الزيدية " (٢ / ٢٣٩) .

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٣٦) .

(***فإن ادعى***) رب الشجرة (***الهواء حقاً***) للمتدلي لأنه كان[أ] عن قسمة (***فالبينة عليه و***) لو اختلف المقتسمان فادعى أحدهما غبناً أو ضرراً أو غلطاً فالبينة (***هي على مدعي الغبن والضرر والغلط***) إذ الأصل عدمها بعد اشتراط عدالة القسام (***ولا تسمع***) البينة ولا الدعوى (***من حاضر***) عند القسمة جائز التصرف إذا كانت بينته ومنازعته (***في الغبن***) لأن الغبن وإن صح لا يمنع صحة القسمة لما تقدم من جواز البيع بغبن فاحش من غير مكره أو ما في حكمه، والله أعلم.

(أ) **قوله:** لأنه كان عن قسمة، أقول: والبينة على أحد ثلاثة أوجه، إما على أن الشجر نابتة قبل إحياء جاره تلك الأرض، أو على أنه باعها واستثنى بقاء تلك الأغصان أو على إقراره باستحقاق البقاء. وفي ذكره لهذه الأوجه دون القسمة ما يدلك على أنه أراد بالمسألة ما كان عن غير قسمة وهو أحد ترديدي الشارح.

فائدة: زاد في "الأثمار" و"الفتح" وهو في "الغيث"[1] فإن تمرد رب الشجرة عن الرفع فلمن نزل إلى ملكه أو حقه رفعها وله الأجرة على الرفع كالغصب وهذا لفظ الفتح.

فائدة أخرى: أما العروق إذا دخلت في أرض جاره فللجار قطعها، وهل يجب على رب الشجرة الرفع لعروق شجرته عن أرض الغير كما يجب عليه رفع أغصانها؟ قيل الأقرب عدم وجوب ذلك عليه لجري العادة بخلافه.

---

(١) " شرح الأزهار " (٧ / ٥٤٠ – ٥٤١) .

كتاب الرهن(أ)

(أ) **كتاب الرهن:** أقول: في "القاموس"(١) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، انتهى.

وفي شرح الفتح والبحر أنه الإيجاب والقبول، وفي "البحر"(٢) أنه الدوام وما أظن كلام "القاموس" إلا من خلط اللغة بالاصطلاح، إذ لو كان معناه لغة ما ذكر لما وقع الخلاف في القبض، إذ هو مسماة لغة إلا أن يقال نشأ من الدليل الخارجي، ومن معاينة الحبس وأخذه منه أقرب، وإليه يشير كلام الشارح فيما يأتي، ثم رأيت في "فتح الباري"(٣) ما لفظه: والرهن بفتح الراء وسكون الهاء في اللغة الإحباس من قولهم رهن الشيء إذا دام وثبت، ومنه:﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ وفي الشرع جعل مال وثيقة على دين ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول باسم المصدر، انتهى. وفي "التعريفات"(٤) الرهن بالفتح والسكون التوثقة بالشيء بما يعادله بوجه ما ذكره [الحراني](٥)، وقال غيره إنه لغة الثبوت والاستقرار وشرعاً جعل عين مالية وثيقة بدين لازم أو آيل إلى اللزوم، ولما كان الرهن مقصوداً فيه الحبس استعير ذلك للمحتبس أي شيء كان ومنه﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾انتهى.

---

(١) " القاموس المحيط " (ص ١٥٥١) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١١٠) .

(٣) (٥ / ١٤٠) .

(٤) بل هو في " التوفيق على مهمات التعاريف " (ص ٣٧٦) والذي في " التعريفات " للجرجاني (ص ١١٨) .

(٥) كذا في المخطوط والذي في " التوقيف على مهمات التعاريف " (ص ٣٧٦) . الحرالي .

(***شروطه*** [١]) أي شروط لزوم أحكامه لئلا[أ] يرد أنه (***العقد***) فلا يكون شـرطاً لنفسه وقد تكرر أن كل عقد لا يصح إلا (***بين جائزي التصرف***) بما يدل[ب] عرفاً على المقصود، ومن إيجاب أحدهما باختياره لاستحقاق صاحبه جنس حبس عين للموجب بحق عليه للحابس فيخرج قبض حبس المبيع لاستيفاء الثمن لأنه ليس باختيار المشتري .

(أ) **قوله:** لئلا يرد أنه العقد، أقول: قد عدل في الفتح إلى قوله هو عقد توثيق.. إلخ، وقد أحسن الشارح في التصرف في عبارة المصنف، وإن كان إضماراً قبل الذكر إلا أنه سوغه مقام التأويل وهذا خلاف عادته، فإنه اعترض في رسم البيع وقال: إنه على عادة المصنف من جعل الماهية وجزئها شرطاً مع أنه كان يمكنه إصلاحها هنالك أيضاً.

(ب) **قوله:** بما يدل عرفاً، أقول: إشارة إلى أن جواز التصرف إنما يدل على الاختيار بالعرف للفقهاء لا بأصل وضعه، ولا حاجة إلى زيادة في الرسم لإخراج ما ذكر وقد صرح شارح الفتح بصحة الرهن المحجور موقوفاً، والمميز والعبد مأذونين .

واعلم أن كلام المصنف صريح في أنه لا بد من إيجاب وقبول كما يفيده لفظ العقد، وفي البحر أنه يكفي القبض عن القبول وإليه جنح صاحب الأثمار وتبعه صاحب الفتح، ولذا قال: عقد توثيق وفرق من اكتفى بالقبض بينه وبين البيع بأنه لا يفيد الملك.

هنا قلت: والدليل على من اشترط العقد فليس في الآية ولا الأحاديث ذكر ذلك.

---

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٣ / ٦) : لا سبب هنا يقتضي اشتراط العقد كما يفعلونه في الأبواب التي توجب انتقال الملك لأنه لا انتقال هنا بل الرهن باق على ملك مالكه ، وغاية ما يعتبر هو التراضي بين الراهن والمرتهن على الرهينة ، وأما كونه بين جائزي التصرف فلابد من ذلك لتوقف صحة التراضي عليه .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١١٠) .

والرهن يصح (**ولو**) كان (***معلقاً /أو مؤقتاً /***[1]) على شرط مستقبل لأن[أ] ما صح للموجب تعيين نهايته صح له تعيير بدايته بخلاف البيع والنكاح ونحوهما فإنه لما لم يصح تعيين نهايتهما لم يصح تعيين بدايتهما ٠

(***ويلغو شرط خلاف***) شيء من (**موجبه**) وقال الشافعي[2] يفسد الرهن كما [٤/٢٠] يفسد باشتراط أن لا يقبضه المرتهن اتفاقاً، لنا حديث قصة بريرة[3] كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.

وأجيب بما تقدم فلا مساغ للتكرير (***و***) يصح (***فيه الخيارات***) الثلاثة لأنها شأن كل مقبوض بعوض حتى النكاح، وإن كان الخيار فيه إنما يثبت بأمور مخصوصة ٠

(أ) **قوله:** لأن ما صح للموجب تعيين نهايته، أقول: بكسر الجيم الراهن إلا أنه يتوقف هذا الدليل على صحة توقيته، وقد أثبته المصنف هنا بقوله أو مؤقتاً وسقط على الشارح لفظه وتبعه شرحه وذكره الفتح فقال: ويدخله التوقيت[4] نحو قد رهنتك هذا الشيء سنة أو شهراً، ويخرج عن الرهنية بانقضاء الوقت والتعليق بالشرط، نحو إن لم أوفك بدينك ليوم كذا فقد رهنتك كذا [٤/٢٠].

---

(١) زيادة من نسخة أخرى ٠

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ١٠) ٠

(٣) تقدم تخريجه ٠

(٤) انظر " المغني " لابن قدامة (٦ / ٤٤٦) ٠

(**و**) من شروط لزوم أحكام الرهن (***القبض***) أي قبض المرتهن له وقال الناصر[1] ومالك[2] والأوزاعي[3] وأبو ثور[4] لا يشترط[أ] القبض، لنا قوله تعالى﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ ومقبوضة وصف كاشف لأن[ب] معنى الرهن ....

(أ) **قولـه:** لا يشترط القبض، أقول: في "نهاية المجتهد"[5] أنهم اتفقوا في الجملة على أن القبض شرط ثم اختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة، وفائدة الفرق أن من قال إنه شرط صحة قال: إن لم يقع القبض لا يلزم الرهن، ومن قال: إنه شرط تمام قال: إنه يلزم بالعقد ويجبر الراهن على التقبيض إلا أن يتأخر المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام، وذهب أبوحنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول، وعمدة غيره قوله تعالى﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾[6] .

(ب) **قولـه:** لأن معنى [إلخ][7]، أقول: الظاهر أنه سقط حرف العطف لأنها جملة أخرى مأخوذة من لفظ الرهن لا أنه علة لكونه وصفاً كاشفاً كما يقتضيه عدمه، ثم لا يخفى أن الأصل في الصفة التقييد كما عرف في فن البيان، فدعوى أنها كاشفة خلاف الأصل إلا أنه يقال هذا قيد قد اعتبره الشارع في العين المرهونة، فلا يرفع اعتباره إلا بدليل أقوى منه، وهذا الاعتبار يلاقي كون الوصف كاشفاً إنما تختلف الطريق والطريق التي ذكرنا أولى إذ لا تعارض خلاف الأصل.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١١٠ – ١١١) .

(٢) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٠٦ – ١٦٠٧) .

(٣) انظر : " المغني " (٦ / ٤٧٠) .

(٤) انظر : " المغني " (٦ / ٤٧٠) .

(٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٥٤) .

(٦) [سورة البقرة : ٢٨٣] .

(٧) زيادة من نسخة أخرى .

الحبس[أ] ولأنه نائب مناب الكتاب وإنما يقبضه من له الدين، قالوا حديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يقول الرهن يركب ودره يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب نفقته[ب] ....

(أ) **قولـه:** ولأنه نائب مناب الكتاب، أقول: لأنه تعالى قـال﴿ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[١] والكتاب لا يقبضه إلا من له الدين لحفظ ماله فكذلك العين المرهونة، وقد ذهب مالـك[٢] وأهـل الظاهر[٣] إلى أنه لا يجوز الرهن عند وجود الكتاب ورد بأنه صلى الله عليه وآله وسلم رهن درعـه في المدينة ومات وهي مرهونة، والكاتب في المدينة موجود قطعاً وكما يدل هذا على [أن][٤] شرطية فقدان الكاتب خرج مخرج الغالب يدل على أن شرطية السفر كذلك أنه صلى الله عليه وآله وسلم رهن في الحضر ثم أن موضوعه اللغوي مأخوذ فيه الوضع عند المرتهن كما سلف عن "القاموس"[٥]، بل ظاهره أنه ليس له موضوع إلا ذلك، والمراد بالوضع القبض لأنه الذي تكون به النيابة عما أخذ من مال المرتهن إلا أن فيه ما أسلفناه من أنه من خلط اللغة بالاصطلاح وهو الذي يقوى عندنا، وإلا لما قيد في الآية بقوله مقبوضة وأنه يكون تأكيداً أو التأسيس خير منه، ويقرر ما قال: أنه المتبادر من الرهن، وقد وجدنا بعد هذا ما يؤيد ما قلناه من خلط القاموس.

(ب) **قولـه:** يركب، أقول: في "فتح الباري"[٦] بضم أول يركب على البنـاء للمجهـول، وكـذلك يشرب وهو خبر بمعنى الأمر لكن لم يتعين فيه المأمور، انتهى. كلام "الفتح"، وفي المعالم للخطـابي[٧] قوله: وعلى الذي ويركب ويشرب النفقة كلام مبهم، ليس في اللفظ منه بيان من يركب أو يحلـب من الراهن أو المرتهن أو العدل الموضوع على يده الرهن، انتهى. ثم قال في "الفتح"[٨] والمراد بالرهن

---

(١) [سورة البقرة : ٢٨٣] .

(٢) انظر : " بداية المجتهد " (٤ / ٥٥) .

(٣) " المحلى " (٨ / ٨٧) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) " القاموس المحيط " (ص ١٥٥١) .

(٦) (٥ / ١٤٤) .

(٧) في " معالم السنن " (٣ / ٧٩٥) .

(٨) " فتح الباري " (٥ / ١٤٤) .

المرهون وقوله وعلى الذي يركب ويشرب النفقة، أي كائناً من كان، هذا ظاهر الحديث وفيه حجة لمن قال يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بمصلحته ولو لم يأذن المالك وهو قول أحمد وإسحاق وطائفة، قالوا ينتفع المرتهن من الرهن بالحلب والركوب بقدر النفقة ولا ينتفع بغيرها لمفهوم الحديث.

وأما دعوى الإجمال فقد دل بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الإنفاق، وهذا يختص بالمرتهن لأن الحديث وإن كان مجملاً لكنه خص المرتهن لأن انتفاع الراهن بالمرهون لكونه مالكاً له لا لكونه منفقاً عليه بخلاف المرتهن، انتهى.

قلت: وهو الذي ينبغي أن يراد من الحديث فإنه لم يسق للأخبار بأن الحيوان إذا كان رهناً يركبه مالكه ويحلبه بنفقته إذ النفقة على المالك سواء كان يركبه أم لا، وذلك حكم كل حيوان مملوك لزوم نفقته على مالكه، والركوب ثابت له على أصل ملكه فحمل الحديث على هذا حمل له على معنى علم من غيره بيانه، وإيضاحه إلا أن يقال لما صارت العين في يد المرتهن صار مظنة لمنع الراهن عن ركوبه ودره وعدم لزوم نفقته فورد الحديث لدفع هذا وفيه بعد، ثم قال في "الفتح"[1] وذهب الجمهور إلى أن المرتهن لا ينتفع من الرهن بشيء، وتأولوا الحديث لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين:

أحدهما: التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه.

الثاني: تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة.

قال ابن عبد البر[2] هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها فتحصل أن الحديث احتمل وجهين أن يراد ركوب الراهن أو المرتهن، وكذا الدر والإنفاق والاحتمال الآخر أقرب، ويدل له روايات أخر، مثل رواية هشام عن زكريا في هذا الحديث[3]، ولفظه: "إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها"، ويناسبه أيضاً حديث "الخراج

---

(١) " فتح الباري " (٥ / ١٤٤).

(٢) في " التمهيد " (١٦ / ١٨٦).

(٣) أخرجه أحمد (٢ / ٢٢٨) بسند صحيح.

البخاري[1] وأبو داود[2] والترمذي[3] وصححه وقد اتفقنا[أ] على أن النفقة على الراهن فركوبه[ب] إخراج له عن يد المرتهن وذلك منافٍ لاشتراط القبض.

وأجاب المصنف[ج] بالمنع إذا أذن المرتهن لأنه مع الإذن كالقابض وهو تهافت لأن

بالضمان"[4] ، وإن كان هنا ما جعل له إلا الدر والركوب في مقابلة الإطعام، وعلى هذا الوجه فلا دليل فيه على عدم القبض كما استدل به لهم الشارح، ولئن سلم أنه يستوي هذا الاحتمال والاحتمال الآخر فمع الاحتمال يبطل الاستدلال ولا أن رجع إلى الترجيح فقد سلف أن المعنى الآخر أرجح ولأنه موافق للآية.

(أ) **قوله:** وقد اتفقنا على أن النفقة على الراهن، أقول: أما إسحاق وأحمد [5]بن حنبل فلا يوافقون بل يقولون على المرتهن في مقابلة دره وركوبه.

(ب) **قوله:** فرُكوبهِ إخراج له عن يد المرتهن، أقول: أي ركوب المالك الرهن فالإضافة إلى فاعل المصدر، إلا أنك عرفت أن مالكاً ومن معه يقولون أن القبض شرط للتمام ولم ينفوا القبض ولم يجعلوا للراهن إخراجه عن يد المرتهن بعد قبضه أصلاً.

(ج) **قوله:** وأجاب المصنف، أقول: أجاب بجوابين .

أحدهما : أن مراده صلى الله عليه وآله وسلم أن المركوب والمحلوب مما يرتهن، والثاني أن المراد بإذن الراهن أي يركبها المرتهن ويحلبها بإذن الراهن ولا ينافي شرعية القبض، قلت: وهذان الجوابان بناء أن فاعل يحلب ويركب الراهن، والأظهر ما سلف أنه المرتهن، فلا دليل في الحديث .

---

(١) في صحيحه رقم (٢٥١٢) .

(٢) في " السنن " رقم (٣٥٢٦) .

(٣) في " السنن " رقم (١٢٥٤) .

(٤) أخرجه أحمد (٦ / ٤٩) وأبو داود في " السنن " رقم (٣٥٠٨) والترمذي رقم (١٢٨٥) والنسائي رقم (٤٤٩) وابن ماجه رقم (٢٢٤٣) .

وهو حديث حسن وقد تقدم .

(٥) " المغني "لابن قدامة (٦ / ٥٠٩) .

تقييد الحديث بالإذن مما لا دليل عليه، فلا محيص عن عدم اشتراط القبض أو التزام مذهب أحمد[1] وأبي ثور[2]، وقول للشافعي[3] وهو الحق أن فوائد[أ] الرهن مملوكة للمرتهن

فقول الشارح أنه أجاب المصنف بالمنع أي منع [كون][4] ركوب الراهن منافياً لشرطية القبض إذا قيد بالإذن إلا أنه كما قال الشارح قيد لا دليل عليه ولك أن تقول لا نسلم إفادة الحديث عدم شرطية القبض وأنه لا دليل على تقييده بالإذن، بل نقول التقييد بالإذن مأخوذ من الآية حيث قال تعالى﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ فلا تصرف فيه للمالكة [فيه][4]إلا بإذن المرتهن وحينئذ فهو قيد بدليل ناهض إلا أن الحق في الحديث ما ذهب إليه أحمد[5] وهو الذي اختاره الشارح.

لكنه لا يخفى أنها إذا كانت فوائده حمله له فالحديث مراد به ركوب المرتهن لأنه من الفوائد، فلا يبقى في الحديث دليل على خلاف ما دلت عليه الآية من شرطية القبض، وقد جعل الشارح هنا الحق شرطية القبض.

(أ) **قوله:** وهو الحق أي: صحة الرهن بلا قبض إلا أنه تقدم له أن الحق قول أحمد أن الفوائد للمرتهن وعليه النفقة، وتقدم أنه لم يبق معارض لاشتراط القبض في الآية بعد حمل الحديث على ما ذكره هذا على ما ذهب إليه وإلا فلا يملك عند أحمد إلا الدّر الركوب، وأحمد ومن معه يشرطون القبض وقد قال هو الحق، وقال هنا [٤/٢١].

[إن فوائد الرهن مملوكة للمرتهن ، أقول : إنما يقول أحمد[5] أنه يملك الركوب والدر لا غير وغيره يقول لايملك شيئاً ، ويأتي عن أحمد وأبي ثور : له إطلاق تلك الفوائد ، وهذا غير صحيح أيضاً .

والحق ماقاله الشافعي[6] أن الفوائد كلها للراهن ولا يدخل شيء منها في الرهن ، قال أبو محمد بن حزم[7] هذا هو الحق لأن الرهن ماتعاقدا عليه الصفقة لا ما لا يتعاقداها عليه فالعين في ملك الراهن اتفاقاً وفوائدها تبع لها] [4].

---

(١) " المغني " (٦ / ٥١٥) .

(٢) انظر : " بدائع الصنائع " (٦ / ١٥٦) .

(٣) الوسيط في الذهب " (٣ / ٤٩٩ – ٥٠٠) .

(٤) زيادة من نسخة أخرى .

(٥) " المغني " (٦ / ٥٠٩) .

(٦) " البيان " (٦ / ٦٨) .

(٧) " المحلى " (٨ / ٨٧) .

إذا أنفق عليه كما سيأتي وألزم من نصوص الشارح بالتأويلات البعيدة طلباً لمساعدة من قام عذره بالخطأ لا ينبغي لمتدين وسيأتي تحقيقه إن شاء الله في الفوائد.

أما إذا كان القبض (**في المجلس** [1]) فظاهر، وأما قوله (**أو بعده**) فإنما يتمشى فيما كان معلقاً على شرط [٢١/٤] مستقبل، أما في العقد المطلق فإن أريد أنه يصير[أ] رهناً صحيحاً قبل القبض فعود بالنقض على اشتراط القبض في الصحة، وإن أريد أن مصيره رهناً موقوف على القبض قبل رجوع أحدهما عن عقده بمعنى أن تأخر القبض عن العقد لا يبطله، فذلك مناف لجعله شرطاً في صحة العقد لعدم صحة تأخر الشرط عن المشروط.

ولهذا[ب] سترنا هذا الخلل بجعله شرطاً للزوم أحكام الرهن لا لصحة عقده، فالقبض إذا كالإجازة لعقد الفضولي، وأما اشتراط كون القبض (**بالتراضي**) فمبني على أنه مصحح للعقد، أما لو حكمنا بصحة العقد قبل القبض لكان موجب صحته القبض بغير

(أ) **قوله:** إنه يصير رهناً صحيحاً قبل القبض، أقول: القبض في المجلس أو بعده من تمام شروط الصحة، فلا يكون صحيحاً إلا بعد القبض، غايته أنه كالعقد الموقوف ينبرم عند قبض العين المرهونة، فلا يتم قوله أنه يصير رهنا صحيحاً.. إلخ وحينئذ يبطل الشق الآخر من الترديد.

(ب) **قوله:** ولهذا سترنا هذا الخلل بجعله شرطاً للزوم أحكام الرهن، أقول أي جعل العقد وما ذكر معه فيكون القبض شرطاً للزوم الأحكام لا لصحة العقد إلا أنه قد انكشف لك أنه بستره لهذا الخلل خالف مراد المصنف وصيره مريداً لزوم الرهن بالعقد من دون قبض، بل حصول الرهن لا يفيد، بل جعل العقد وغيره شروطاً للزوم الأحكام، وأقرب منه في ستر الخلل أن يجعل في المجلس قيداً للعقد المطلق، وقوله: "وبعده للمعلق" فيكون لفاً ونشراً هذا وقد حذف الأثمار والفتح قوله في المجلس أو بعده.

---

(١) وأما اعتبار المجلس فلا وجه له إلامجرد الخيال بما يزعمونه من اشتراط العقد.

" السيل الجرار " (٣ / ٧).

إذن كما ذهب إليه الناصر ومالك وهو الحق(أ) لأن الراهن(ب) مستوف لعوض القبض لا كالبائع قبل تسليم الثمن ·

(**و**) إذا كان الرهن معلقاً على ثبوت الدين فإنه (**يستقر بثبوت الدين**) أمــا إذا قال رهنتك هذا فيما سأستدينه منك فمنع الناصر[1] والشافعي[2] صحة هذا الرهن، قيل بناء على أصلهم في أن الموقوف لا يصح، وليس كذلك بل لأن مــن موجــب الــرهن استحقاق القبض فما لم يثبت الدين لم يستحق القبض، وإذا لم يستحق القبض فلا رهن.

وحاصله: استدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم ومن ذلك يؤخــذ دليــل مــا (**قيل**) من أن مَنْ رهن رهناً في دين مؤجل لم يستقر كونه رهناً من حال العقد (**و**) إنما

(أ) **قولـه:** وهو الحق، أقول: أي صحة الرهن بلا قبض إلا أنه تقدم له أن الحق قول أحمد[3] أن الفوائد للمرتهن وعليه النفقة، وتقدم أنه لم يبق معارض لاشتراط القبض في الآية بعد حمل الحديث على مــا ذكره، هذا على أن أحمد ومن معه يشترطون القبض، وقد قال هو الحق وقال هنا الحق عدم شرطية القبض، إلا أن يقال إنه وافق أحمد في ملك الفوائد ولزوم النفقة للمرتهن وخالف في شرطية القــبض فلا تناقض لكنه لم يأت بدليل ينهض له على هذا.

(ب) **قولـه:** لأن الراهن.. إلخ، أقول: تعليل لاستحقاق المرتهن القبض للمرهون بغير إذن الراهن، لأن الراهن قد استوفى عوض القبض بما في ذمته من الدين الثابت للمرتهن فليتأمل.

قوله: لأن الراهن مستوفٍ لعوض القبض، أقول: تعليل لعدم القبض بالتراضي إلا أن فيه خفــاء إذ الحق في قبض العين المرهونة للمرتهن فعوض القبض يكون له وليس عوض القبض إلا العقــد فهــو كعقد البيع، فلا يتم قوله كالبائع فإن أريد بالقبض المقبوض وهو العين المرهونة فعوضها الدين، ولا يصح علة لاشتراط القبض فلينظر في تطبيق هذا التعليل على معلله.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١١١) ·

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ٤٥ – ٤٦) ·

(٣) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٥١٥٦) ·

يستقر (**بحلوله**) أي الأجل لأن المرتهن[أ] قبل حلول الأجل غير مستحق للتسليم (**و**) كذا يؤخذ منه دليل ما (**قيل**) أن من أعار أو أجَّرَعينا فضمنها المستعير أو المستأجر أو استرهن فيها رهناً منهما فإنه لا يصح الرهن قبل تلف العين .

(**و**) إنما يستقر (**بفوات العين** [1]) لأن المرتهن غير مستحق[ب] لقيمتها قبل تلفها

(أ) **قوله:** لأن المرتهن قبل حلول الأجل غير مستحق للتسليم، أقول: قال المصنف وهو ضعيف وقد أشرنا إليه لأن أهل المذهب نصوا على صحته، حيث قالوا: لو أن رجلاً رهن رجلاً رهناً على دين له عليه مؤجل وقيمة الرهن دون الدين فتلف الرهن قبل حلول الأجل لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بفضل الدين على الرهن قبل حلول الأجل، فاقتضى هذا أنه قد سقط من الدين قدره من قيمة الرهن، وقد صرح بذلك في الشرح ومساقطته للدين فرع على صحته وهذا يدل على أن التأجيل تأخير مطالبة لا صفة، إذ لو جعلنا صفة الحال غير صفة المؤجل لم تتم المساقطة هنا لأن من شرط المساقطة الاتفاق في الصفة، والفرق بين القولين في المسألتين أن من قال لا يستقر قال فلو تلف قبل الاستقرار فلا ضمان فيه، ومن قال إنه يستقر قبله قال يضمن إذا تلف.

(ب) **قوله:** غير مستحق لقيمتها قبل تلفها، أقول: في "الغيث" أنه ذكره الفقيه ع[2] وقال بعض المذاكرين يصح الرهن على الأعيان المضمنة وهو ظاهر كلام القاضي[3] زيد وهو قوي عندنا، ولهذا أشرنا إلى ضعفه بقولنا قيل.

---

(١) وأما قوله : وبفوات العين ، فلا وجه له بل يستقر رهناً بمجرد قبض الراهن لتلك العين التي وقع الرهن لها فليس للراهن استرجاعه إلا برد العين ، وهذا هو المعنى الاستقراري : استقرار الرهينة وتسلط المرتهن على حبس الرهن ، وأما الضمان فباب آخر واما اشتراط كون الرهن مما يصح بيعه ، فلا وجه له بل ينبغي أن يقال وكونه مما يصح تملكه حتى إذا عجز الراهن عن الوفاء أو أفلس صار الرهن ملكاً للمرتهن ، ولو قال المصنف هكذا لم يحتج إلى قوله إلا وقفاً إلخ وقد طول المقال في الصور المستثناة .

" السيل الجرار " (٣ / ٨) .

(٢) انظر " شرح الأزهار " (٨ / ١٣) الفقيه يحيى بن حسن البحيبح .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ١٣) .

(**و**) يشترط في الرهن (**كونه مما يصح**[أ] **بيعه**) لتعلق حق المرتهن بقيمته عند تعذر الوفاء، فحيث لا يصح بيعه لا يحصل الغرض من التوثيق وفيه بحث[ب] لأن عدم صحة البيع حاصلها فساد العقد لو وقع وقد علمت جواز الدخول في العقود الفاسدة، وبذلك يحصل الإيفاء المقصود .

وغاية ما يلزم تجويز فسخ المشتري وضمان الثمن إنما هو على الراهن لا على المرتهن لعدم تعين الثمن كما عرفت.

(أ) **قوله:** مما يصح بيعه، أقول: زاد الأثمار منه أي من المرتهن قال ابن بهران إنما زاد المؤلف لفظة "منه" لئلا يتوهم صحة رهن المصحف من الذمي ونحوه، لأنه يصح بيعه في الجملة أي من غيره وكذا لا يصح أن يرهن الذمي خمراً من مسلم أو يرتهنه منه وإن كان يصح أن يبيعه الذمي من ذمي، وفي الغيث عن الإمام يحيى جواز رهن العبد المسلم من الذمي والمصحف، قال: لأن عقد الرهن على شرف الزوال ففارق البيع، لكن يوضع بيد العدل وإن احتمل أن لا يجوز.

قلت: هذا الاحتمال الآخر أقرب وفي "نهاية المجتهد"[1] أن الخلاف في رهن المصحف مطلقاً من ذمي وغيره وأنه أجازه مالك من غير الذمي ولا يقرأ فيه، ونسب المنع إلى الشافعي.

قلت: لكن في "السراج الوهاج "[2]شرح المنهاج على مذهب الشافعي أنه إذا رهن عبداً مسلماً أو مصحفاً من كافر أو سلاحاً من حربي أنه يوضع عند عدل وفيه دليل أنه يقول الشافعي بجواز ذلك.

(فائدة) يصح بيع الدين ممن هو عليه ولا يصح رهنه لأنه غير مقبوض، فقد أخرج باشتراط القبض فلا يرد أن إطلاق هذا مخل، أفاده شرح "الفتح".

(ب) **قوله:** وفيه بحث، أقول: هو بحث قوى على القواعد.

---

(١) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٥١ – ٥٢) .

(٢) (٤ / ٣٠١ – ٣٠٢) .

وأما قوله: (***إلا وقفاً وهدياً وأضحية***) فإنه وإن (***صح بيعها***) لصيرورة الوقف إلى حد لا ينتفع به في المقصود أو الإبدال إلى أفضل في الهدي والأضحية فإنه لا يصح رهنها وإن صح بيعها، فلا وجه له إلا توهم أن تعلق القربة به أخرجه عن ملك الراهن ومع أن ملك الراهن ليس شرطاً لأنه لا يصح[أ] رهن المستعار ليرهن كما سيأتي قد انتفى تعلق القربة بعينه فانتقل إلى قيمته، فإذا رهن[ب] الإمام الوقف الذي بطل نفعه في المقصود فيما استدانه لمصلحة الصرف فلا وجه للمنع، ومثله المضحي والمهدي إذا استدانا ثمناً للبدل الأفضل على أن المنتخب[ج] صحح رهن الوقف النافع في المقصود أيضاً مستدلاً بأن المرتهن ليس له إلا حق الحبس والحبس لا يفوت به شيء من فوائد الوقف لأنها مضمونة على المرتهن ومنها ما لا يكون رهناً أيضاً ككسب العبد .

(***و***) إلا رهن العين (***المؤجرة و***) الأمة (***المزوجة***) فإنه لا يصح رهنهما.

قال المصنف: لسبق تعلق حق المساجد والزوج بهما لكن ذلك مبني على أن رهن العين

(أ) **قوله:** لا يصح رهن المستعار، أقول: يأتي أنه يصح رهن المستعار فهذه العبارة التي أطالها لم يعرف المراد منها.

(ب) **قوله:** فإذا رهن الإمام الوقف، أقول: قال السيد[1] يحيى في فتاويه أنه إذا بطل نفعه في الوجه المقصود صح بيعه وهو مختار الشارح، وأما رهنه مع بقاء نفعه فيجوز لمصلحة الموقوف عليه.

(ج) **قوله:** على أن المنتخب.. إلخ، أقول: قيد في "الغيث"[2] جواز رهنه بالسنة والسنتين والزيادة على السنتين مكروهة مع الصحة، وقد خرج من قول الهادي ثلاث مسائل: الأولى أن الرهن يتوقف، الثانية أن رقبة الوقف ملك للموقوف عليه، الثالثة: أن اليد لا تثبت لأقل من ثلاث سنين.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ١٥ – ١٦) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ١٦ – ١٧) .

يستلزم رهن المنفعة، وذلك إن سلم ففي غير المستهلك المنفعة قبل الـرهن وغايتـه[أ] أن تكون الإجارة عيباً إذا رضي المرتهن به كان كرضى البائع وإنما يمتنع رهن المؤجرة والمزوجـة (**من غيرهما**) أي غير المستأجر والزوج وإرجاع الضمير إليهما لدلالة التـأجير والتـزويج عليهما،(**وغير عبديهما**) أيضاً إلا إن المانع أن كان هو تبعية المنفعة للعين في الرهينة فلا فرق بين الإجارة منهما وعبديهما أو من غيرهم لأن المنفعة حينئذ معهما ليست رهناً وإن كان المانع من الغير منافاة الإجارة والتزويج للقبض لزم تخصيص المنع بما ينافي القبض.

ولهذا قال المؤيد[1] وأبو حنيفة[2] وأبو يوسف يصح التزويج لأنه لا يمنع القبض،

(أ) **قولـه:** وغايته أن تكون الإجارة عيباً، أقول: في "الغيث" قال المؤيد[3] في الإفادة إنه يصح رهـن المزوجة من غير الزوج ولا يضر وطؤها في يد المرتهن.

قلت: وهو مبني على أن المنفعة لا تدخل في الرهنية، وهو محل تأمل فإنه من الفوائد، وقد قالوا : إنهـا رهن فيصح[4] الوطء بإذن المرتهن.

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١١٣) .　　(٢) " بدائع الصنائع " (٦ / ١٣٦ – ١٣٧) .

(٣) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ١٦) .

(٤) قال القاضي العمراني في " البيان " (٦ / ٤ – ٨٥) :

مسألة : [وطء المرتهن الجارية المرهونة] :

وأما المرتهن إذا وطئ الجارية المرهونة ، فإن كان بغير إذا الراهن ، فإن كان عالماً بالتحريم ، وجب عليه الحد ، لأنه لا شبهة لـه فيها ، لأن عقد الرهن عقد استيثاق بالعين ، ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ، ولأن الحد لا يسقط بالوطء المحرم إلا لأحد ثلاثة أشياء :

[أولها] : إما لشبهة عقد ، بأن يتزوجها بغير ولي أو لا شهود ؛ لاختلاف العلماء في صحته .

[ثانيها] :أ لشبهة في الموطوءة ، بأن يطأ جارية أبنه ، أو الجارية المشتركة بينه وبين غيره .

[ثالثها] : أو لشبهة في الفعل ، بأن يطأ امرأة يظنها جاريته أو امرأته .

وليس هاهنا واحد من ذلك . فإن أولدها .. فالولد مملوك لراهن ، ولايثبت نسبه من المرتهن .

وأما المهر : فإن أكرهها على الوطء ، أو كانت نائمة ، فوطئها .. فعليه المهر ؛ لأنه وطء يسقط به الحد عن الموطوءة ، فلم يعر من وطئها في نكاح فاسد . وإن طاوعته على الوطء .. فالمنصوص : (أنه لا مهر عليه) .

على أن المذهب صحة إذن المرتهن للراهن بالتصرف وأنه لا يخرج بذلك عن الرهنية وإن خرج عن الضمان فغاية ما يلزم من تجويز رهن المؤجر والمزوج انتفاء الضمان .

وأما منع الرهن فلا وجه له (**و**) إلا رهـــن (**الفرع دون الأصل والنابت**[أ] **دوق المنبت والعكس**) قال المصنف لتعذر كمال القبض، وهو سهو[ب] عن كون قبض غير المنقول لا يشترط فيه النقل، وإنما قبضه حكمي لا حسي، وإن قبض الرهن لا يستلزم استحقاق المرتهن للتصرف كما يستلزم قبض المبيع واستحقاق المشتري له، ولهـــذا يلـــزم مشتريه القطع ولا حاجة[ج] إلى قوله: (**إلا بعد القطع**) لأن المراد عدم صحة رهن الفرع ونحوه ما دام فرعاً وأصلاً ونابتاً ومنبتاً كما هو معنى القضية العرفية وبعد القطع زال ذلك الاسم حقيقة وإن بقي مجازاً كالعبد للعتيق (**و**) إلا إذا كان الـــرهن (**جزءاً مشاعاً**) وقال في "المنتخب"[1] والناصر والإمام يحيى[2] ومالك[3] والشافعي[4] يصح رهنـــه ورده المصنف بأنه يتعذر معه كمال القبض، وهو لا شيء لأن عدم كمال القـــبض حاصـــل في

(أ) **قولـه:** والنابت دون المنبت، أقول: في "نهاية المجتهد"[5] عن مالك أنه يجيز رهن ما لا يصح بيعه في حال الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الأجل على شرط القطع.

(ب) **قولـه:** وهو سهو عن كون قبض غير المنقول لا يشترط فيه النقل، أقول: قبض غير ما ينقل إنمـــا هو بتخليته وتسليط يد الغير عليه كما في بيع الدور والأراضي، ولكن رهن النابت مثلاً مـــع بقـــاء المنبت في يد المرهن لا يتم تسليط المرتهن عليه فقط، ومثله المنبت من دون النابت فليس الكـــلام في النقل إذ هو معلوم تعذره في النابت والمنبت، إنما الكلام في أنه ما تم كمال القبض لبقـــاء النابـــت والمنبت تحت يد الراهن فلا سهو عند المصنف وذلك كما إذا رهن الدار ولم يسلم المفاتيح.

(ج) **قولـه:** ولا حاجة إلى قوله بعد القطع، أقول: قد حذفه الأثمار قال شارحه أنها بعد القطع كسائر

---

(١) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ١٨) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١١٥) .

(٣) " عيون المجالس (٤ / ١٦٠٨ مسألة رقم (١١٣٢) .

(٤) "روضة الطالبين " (٤ / ٣٨) "مغني المحتاج "(٢ / ١٣٢) . (٥) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد "(٤ / ٥١) .

حاصل في المرهون من اثنين كما سيصححه وغاية ما يلزم من تشارك[أ] الراهن والمرتهن هو ما يلزم من تشارك المرتهنين من القسمة أو المهايأة.

وأما قوله: (**إلا**) أن يرهن المشاع (**كله**) صفقة واحدة (**فيصح**) فاستثناء منقطع إن كان[ب] مالكه واحداً وإن كان مالكه متعدداً لم يكن لقوله: (**ولو رهن من اثنين**) وجه صحة للزوم رهن المشاع ضرورة لعدم كونه رهناً كله مع كل من المرتهنين لأن صيرورته رهناً كله مع كل من المرتهنين إنما يصح فيما يتحد المالك للرهن أو يعير كل

المنقولات فلا حاجة إلى ذكرها. المنقولات فلا حاجة إلى ذكرها.

(أ) **قوله:** أن يتشارك الراهن والمرتهن، أقول: الأوضح ومالك الجزء الخليط للراهن إذ المشاع بين جماعة هو الأظهر عند الإطلاق، فإن صح أن يرهن جزءاً من ملكه فيشارك الراهن المرتهن.

(ب) **قوله:** إن كان مالكه واحداً، أقول: كأن يرهن مالك الدار ربعها فيكون الاستثناء منقطعاً فإن المالك إذا رهن الدار كلها لم تبق من مسمى المشاع فالاستثناء متصل إلا أنه لا يخفاك أن الاستثناء دليل أنه أراد بالمشاع ما كان بين المالك وغيره، لأنه الغالب في الإطلاق والأكثر في المعاملة فالوجه أن مراد المصنف الطرف الآخر من الترديد، وهو قوله وإن كان مالكه متعدداً، وأما تفريعه لعدم صحة قوله ولو من اثنين على هذا الطرف فأمر وارد وقد تنبه له شارح الأثمار وقال في دفعه وكأن كل واحد منهما استعار نصيب صاحبه فرهنه بعد قبضه. انتهى.

إلا أنه لا يخفى تكلفه وعدم جدواه إذ ليس ما هو كالعارية عارية، والشارح قد أشار إلى ذلك على أنه لو تم أنه أعار كل صاحبه خرج من رهن المشاع، وعلته إذ لا امتناع لكمال القبض، وفي كلام شارح الأثمار إشارة إلى أنه ما أريد بالمشاع إلا ما كان بين المالك وغيره.

والحق أنه يصح رهن المشاع وقبضه له كقبض صاحبه لحصته منه مع شريكه، ولا فرق ولو كان القبض لا يصح في المشاع لكان الشريكان فيه غير قابضين له ولكان مهملاً ليس لأحد عليه يد وهذا شيء يكذبه الدين والعيان، أما الدين فتصرفهما فيه تصرف الملاك في أملاكهم، وأما العيان فلكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان عليها.

منهما شريكه ففرق[أ] بين شياع الرهن وشياع المرهون (**فيقتسمان**) هو قبض ما ينقسم حساً (**أو يتهايان حسب الحال**)[ب] كما تقدم[ج] في القسمة (**فيضمن كل منهما كله**) ....

(أ) **قوله:** ففرق بين شياع الرهن وشياع المرهون، أقول: يريد أنه يصح شياع الرهن لأن تكون عين مرهونة بين اثنين من مالك واحد، ولا يصح أن يكون الرهن عيناً مملوكة بين اثنين ترهن من واحد أو اثنين إذ الأول شياع في الرهن والثاني شياع في المرهون والثاني هو الممتنع عند المصنف، وحينئذ فقول المصنف يقتسمان.. إلخ لا يتم إلا على تقدير شياع الرهن لا المرهون إلا على تقدير عارية صاحبه نصيبه، وفي هذا التقدير ما سلف آنفاً على أنه لا يخفاك أن العلة التي لأجلها امتنع رهن المشاع قائمة بعينها في شياع الرهن لأن كل واحد من المرتهنين مثلاً يتعذر كمال قبضه لما يستحق، والشارح قائل أنه لا فرق بين الأمرين وأنه يكون ما ذكر من الاقتسام والمهاياة جارياً فيهما على سواء واختار "المنار"(١) صحة رهن المشاع أيضاً، وقال يصير المرتهن كالشريك في ما هو من شأنهما.

(ب) **قوله:** حسب الحال، أقول: عدل في "الأثمار" إلى قوله حسب الدين، قال الوابل إنما عدل لأن كون القسمة بالمهاياة لا تكون إلا فيما لا يقسم، وقد فهم مما مر بخلاف القسمة مطلقاً فإنها تكون على قدر الدين. فلا يفهم إلا بما أشار إليه المؤلف بخلاف عبارة الأزهار فمحتمله يوهم أن لكل منهما أن يحبس نصفاً مطلقاً كما هو مذهب الشافعي وليس كذلك، بل كما ذكره المؤلف وهو المصحح للمذهب.

(ج) **قوله:** كما تقدم في القسمة، أقول: تقدم فيها أن ما لا ينقسم يكون قسمته بالمهايأة وهو المراد هنا بلفظ الحال، فإنه فسره المصنف بقوله وإن كان لا ينقسم، وفي الوابل أنه عدل في "الأثمار" إلى حسب الدين لأنه قد علم أن القسمة بالمهاياة إنما تكون فيما لا ينقسم بخلاف القسمة بحسب الدين وقد سلفت عبارته آنفاً.

---

(١) (٢ / ١٣٠) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ٢٠ – ٢١) .

وقال الشافعي[1] (أ) إنما يضمن نصيبه فيه، لنا أن كل واحد يستحق حبسه بعد إيفاء

(أ) **قولـه:** وقال الشافعي إنما يضمن نصيبه، أقول: الشافعي لا يقول بأن الرهن مضمون قال النـــووي في "المنهاج"[2] على مذهبه وهو أمانة في يد المرتهن، قال في شرحه وممن قال بأنه أمانة من الصـــحابة أبو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب ومن أتباعهم ابن أبي ذئب وأبو ثور وأحمـــد، وقـــال أبـــو حنيفة[3] أنه يضمنه المرتهن، واستدل للشافعي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم" الرهن من راهنه لـــه غنمه وعليه غرمه "في رواية: " لا يغلق الرهن على راهنه له غنمه وعليه غرمه "رواه الـــدارقطني[4] والحاكم[5] وابن حبان[6]، وقال الحاكم على شرط الشيخين ومعنى قوله من راهنه أي مـــن ضـــمان راهنه، قال الشافعي هذا من أفصح ما قالت العرب الشيء من فلان أي من ضمانه، انتهى.

ومن هنا يعرف وهم الشارح في قوله أن الشافعي قال إنه يضمن نصيبه، فإنه لا يثبت ضماناً للراهن أصلاً، ويأتي للشارح في الفصل الثاني أنه لا يقول الشافعي بضمان الرهن، ويأتي له اختيار مـــذهب الشافعي، نعم لهم خلاف آخر وهو أنه لو قضى أحد الراهنين للعين حصته من الـــدين دون الآخـــر فهل تبقى العين كلها رهناً؟ قالت الحنفية تبقى كلها رهناً، وقال الشافعي [7] ومالك[8] وأحمـــد[9] لا يبقى رهناً إلا حصة من لم يسلم الدين فقط، كما صرح به في مختصر الطحاوي[10].

---

(١) " روضة الطالبين " (٤ / ٣٨ – ٣٩) .

(٢) (٤ / ٣٢٧ – ٣٢٨ – مع النجم الوهاج) .

(٣) " البناية في شرح الهداية " (١٢ / ٢٣) .

(٤) في " السنن " (٣ / ٣٢ رقم ١٢٦) وقال الدارقطني : زياد بن سعد من الحفاظ الثقات ، وهذا إســـناد حســـن متصل .

(٥) في " المستدرك " (٢ / ٥١) .

(٦) في صحيحه رقم (٥٩٣٤) .

وهو حديث مرسل ضعيف .

(٧) " روضة الطالبين " (٤ / ٩١) .

(٨) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٢١) .

(٩) " المغني " لابن قدامة (٦ / ٥٢٢) .

(١٠) (ص ٩٤) .

صاحبه، وذلك معنى كونه رهناً عنده كله وأجيب بأن إيجابكم القسمة يأبى[أ] ذلك ولأنه لو تعلق حق أحدهما بكله لكان كالأمة المزوجة والعين المؤجرة لا يصح رهنه من غيره [٢٤/٤] .

(**و**) وأما أنه (***يبقى ضمان المستوفى***) فَهَوَسٌ[ب] منعه المؤيد[1] وغيره لأنه إإن كان في يده فقد انقلب بالإيفاء أمانة وإن كان في يد شريكه فانتفاء سبب الأمانة والضمانة ظاهر وما تضمينه إلا كاستصحاب عدم الماء عند رؤيته ثم (**لا**) وجه[ج] للفرق بين المستوفي لا (***المبري***) إذ الفرض أن البراء إنما كان عن الدين لا عن ضمان العين.

(أ) **قوله:** يأبى ذلك، أقول: لأن إيجاب القسمة قاض بأنه ارتهن كل واحد نصف العين المشتركة إذ لو كان كلها رهناً لما صحت القسمة، لأن كل جزء مشترك بين المرتهنين، وهذا وارد بلا تردد [٢٤/٤].

(ب) **قوله:** فهوس، أقول: استدل لهذا الحكم في "الغيث" بقوله حجتنا أن الرهن رهن ما لم يستوف جميع الدين الذي فيه فيجب أن يضمنه، انتهى. الشارح يمنع أنه رهن ما لم يستوف جميع الدين.

(ج) **قوله:** ولا وجه للفرق، أقول: لم أجد لهم فرقاً وكأنهم يقولون أن من شأن الرهن أن له غنمه وعليه غرمه ومن أبرأ لم يبق له غنم فلا يلزمه غرمه، ولأنه بالإبراء قد أحسن فلا يجازى بوجوب الضمان، ثم رأيت في شرح "الأثمار" رداً على المؤيد ما لفظه، قلت: المبرئ محسن وما على المحسنين من سبيل، واعلم أنه حذف "الأثمار" هذه الجملة أعنى: "ويبقى ضمان المستوفى لا المبرئ" قال شارحه لدخول ذلك فيما سيأتي من قوله وكذا براءة الذمة، انتهى.

قلت: فلا يتوهم أنه حذفه لعدم ارتضائه له، وأنه يوافق الشارح.

---

(١) " شرح الأزهار " (٨ / ٢١) .

وأما قوله: (**أو**) إذا رهن شريكان[أ] من (**واحد**) فإنه يصح لانتفاء المانع من كمال القبض (**فيضمن كله**) ما لم يوفيه أحد الراهنين أما إذا أوفاه أحدهما لم يبق نصيبه رهناً، وحينئذ طرأ الشياع وبقي الرهن لجزء[ب] مشاع ضرورة والحكم بأن نصيب الموفى يبقى رهناً إنما يصح فيما لو كان بين الراهنين عقد شركة بها يصير كل منهما كفيلاً ووكيلاً لصاحبه .

(**و**) أما إذا لم يكن اشتراكهما إلا في مجرد العين المرهونة فلا وجه لصيرورة نصيب الموفى رهناً (**يحبسه**) المرتهن (**حتى يستوفي منهما**) إلا على قول أبي حنيفة [1] أنه إذا طرأ الشياع لم يفسد ولا يقال أن دخوله مع صاحبه في عقد الرهن بمنزلة إعارته لنصيبه ليرهنه لأنا نقول ذلك مجرد دعوى على الغير لاسيما إذا اختلف مذهبهما في صحة رهن المشاع وعدمها .

(أ) **قوله:** أو إذا رهن شريكان من واحد، أقول: قيد "الغيث"[2] هذا وفيما سلف في قوله ولو من اثنين يكون ذلك في صفقة واحدة، قال فتحصل من هذا أن الرهن إذا كان في صفقة واحدة صح رهن واحد من جماعة وجماعة من واحد وجماعة من جماعة، فإذا أدى واحد ما عليه بقي جميعه رهناً فإذا كان في عقود لم يصح ذلك.

(ب) **قوله:** لجزء مشاع ضرورة، أقول: في الغيث أن كله رهن بجميع الدين قال [الفقيه] "ع" [3] فكأن كل واحد منهما استعار نصيب صاحبه فرهنه مع نصيبه، انتهى. إلا أنه قد تقدم للشارح إبطال هذا فادعى هنا الضرورة ودفع أيضاً ما ذكروه بقوله والحكم.. إلخ، ولا يخفى قوة ما قاله كما سلف وقوله ولا يقال دخوله مع صاحبه.. إلخ، هو أشف ما يقال في تعليل هذه الأحكام إلا أنه كما قال دعوى على الغير.

---

(١) " البناية في شرح الهداية " (١١ / ٥٨١) .

(٢) " شرح الأزهار " (٨ / ٢٢) .

(٣) كذا في المخطوط والذي في " شرح الأزهار " (٨ / ٢٢) .

(**فإن طرأ الشِّياعُ**) بنحو أن يأذن المرتهن للراهن أن يبيع بعض المرهون مشاعاً (**فسد**) الرهن، خلافاً لأبي حنيفة محتجاً بأن شياع المرهون لا يستلزم شياع الرهنية، ولهذا صح رهن شريكين من واحد وههنا[أ] الطارئ إنما هو شياع المرهون لا الرهنية فهي باقية وإذنُ المرتهن ببيع بعض المرهون، لا يستلزم فسخ الرهن فيما أذن ببيعه لعدم التنافي بين ثبوت الملك لشخص والحق فيه لآخر.

نعم، لو فسخ الرهنية في بعض الرهن الواحد من واحد لصح قياساً على إسقاط بعض الشفعة في مثله في لزوم سقوط الحق من الكل.

(أ) **قوله:** وههنا الطارئ إنما هو شياع المرهون، أقول: هو الذي يمنعه المصنف كما سلف فهو على أصله مفسد للرهن، فإنه فرق بين الشياع في الرهن وفي المرهون كما في "التحصيل"[1] ومن واحد لجماعة فصح عنده مع الشياع في الرهن ولم يصح عنده من جماعة لواحد.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ٢٢) .

(فصل)

(**ولا يصح الرهن في عين**) وقيل يصح فيها، لنا أن قوله تعالى﴿ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾[1] وارد في سياق قوله تعالى﴿ إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ ﴾ [1] وأجيب بأنه عمل بمفهوم الشرط ولو تقيد به لتقيد[أ] بعدم وجدان الكاتب لكونهما شرطين في الرهن [٢٥/٤]، والحق[ب] أن الشرطين خارجان على الغالب فلا يعتبر مفهومهما ٠

(أ) **قوله:** لتقيد بعدم وجدان الكاتب، أقول: قد قال به ابن حزم [2] فقال لا يجوز اشتراط الرهن إلا في بيع إلى أجل مسمى في السفر أو في السلم إلى أجل مسمى في السفر خاصة مع عدم الكاتب في كلا الوجهين مستدلاً بالآية، وخص جوازه الاشتراط بالدين إلى أجل ولا يكون التأجيل إلا فيما يكون بيعاً أو سلماً أو قرضاً، فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأجيل، قال لورود النص بوجوبه في السلم وجوازه في القرض والبيع٠

وأجاب عن رهنه [3] صلى الله عليه وآله وسلم درعه من اليهودي بأنه لم يكن باشتراط، قال: ونحن لا نمنع من الرهن بغير الاشتراط في العقد لأنه تطوع من الراهن حينئذٍ والتطوع ما لم ينه عنه حسن [٢٥/٤].

(ب) **قوله:** والحق أن الشرطين خارجان على الغالب، أقول: والقيد إذا خرج على الغالب لا يعتبر مفهومه كما في قوله تعالى﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾[4] إلا أن الشارح قد بحث فيه في شرح الفصول حيث قال وفيه بحث لأن الخروج على الغالب زيادة في المقتضى لاعتبار القيد لا مانع له لما

---

(١) [سورة البقرة : ٢٨٢] ٠

(٢) في " المحلى " (٨ / ٨٧ – ٨٨) ٠

(٣) أخرجه أحمد (٣ / ١٠٢ ، ١٣٣) والبخاري رقم (٢٥٠٨) وابن ماجه رقم (٤٦١٠) من حديث أنس رضي الله عنه ٠ وهو حديث صحيح ٠

(٤) [سورة النساء : ٢٣] ٠

• •

تقدم من أن الحق أن العموم لا يشمل النادر لأنه غير ظاهر، وربما كان التصريح بما هو الغالب حجة للقائل بأن الأحكام إنما تتعلق بما هو الغالب، انتهى.

فكلامه هنا ينافي بحثه، ولا يقال أنه هنا بناء على أصلهم لأنه لا يصح، فإنهم هنا اعتبروا المفهوم فمنعوه في العين فكان الأحسن أن يقول المفهوم معتبر هنا، إلا أنه عارضه ما هو أرجح منه، والمنار جنح أيضاً إلى صحة الرهن في العين، قال الغرض من الرهن الاستيثاق والمجاذرة لذهاب ما خرج عن اليد والعين والدين لا يفترقان في ذلك.

وأما ذكر الدين في ذلك فخارج مخرج الغالب، ألا ترى أن الأحكام المذكورة من أول الآية مشروعة في العين من الكتابة أن فلاناً عنده عين مضمونة لفلان أو أمانة، وكذلك الشهادة وكذلك قوله﴿ أَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾[1] إذ يحصل الخوف والريبة في العين كالدين.

وقوله﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً ﴾ وتلك التجارة قد تكون قيمياً بقيمي فإخراجها من المستثنى منه يدل على شمولها، وكذلك الإشهاد عند المبايعة ثم قال: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾[1] فكما أن السفر ليس بشرط فكذلك كون المرهون فيه ديناً ليس بلازم، ثم قال﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [2]ومعلوم أن ذلك شامل للعين شموله للدين، انتهى. ولا يخفى قوته وحسنه.

قلت: وهو مذهب مالك كما في "النهاية"[3]، قال في "المنار"[4]: وهو مذهب الحنفية[5] المصدر في كتبهم أي: صحة الرهن في العين ثم ذكر لهم تفصيلاً في ذلك.

---

(١) [سورة البقرة : ٢٨٢] .

(٢) [سورة البقرة : ٢٨٣] .

(٣) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٥١ – ٥٢) .

(٤) (٢ / ١٣١) .

(٥) " البناية في شرح الهداية " (١١ / ٥٧٢ – ٥٧٣) .

وأما حمل كلام المخالف على أن لا يصح الرهن في العين (**_إلا بعد التضمين_**) لها أن صح التضمين لا في الوديعة ونحوها مما تقدم أنه لا يضمن بالتضمين إذ لا دين فينبني على انتهاض دليل صحة الرهن فيما يستلزمه طلب الرهن، وقد تقدم تحقيق عدم انتهاضه، وانتهاض[أ] صحة الرهن الماضيين ثم ظاهر قوله إلا بعد التضمين عدم[ب] صحة الرهن في المضمونة بلا تضمين، فلو قال إلا مضمونة لشمل ما ضمن بتضمين وبغيره

(أ) **قوله:** وانتهاض صحة القيلين الماضيين، أقول:

أحدهما : قول "الأزهار" قيل وبحلوله، والآخر قيل وبفوات العين وهو الذي تقدم له أن دليل استقرار الرهن بثبوت الدين وبحلوله واستقراره بفوات العين، كل ذلك استدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم، والمسائل الثلاث سواء في شمول الدليل لها فشملها الحكم، ولا وجه للتفريق بينها كما فعله الأزهار فيما سلف قريباً، وقول الشارح فينبني على انتهاض صحة الرهن فيما يستلزمه طلب الرهن وذلك كالمسائل الثلاث وهي استقرار الدين وحلوله وفوات العين التي جعل الشارح دليلها واحداً هو الاستدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم إلا أن قوله هنا أنه تقدم عدم انتهاضه لم يتقدم وأما صحة القيلين فكأنه يريد صحتهما إلزاماً لا اختياراً وإلا تناقض كلامه، فتأمل فإنه إذا صح القيلان صح ما قبلهما لشمول الدليل.

(ب) **قوله:** عدم صحة [1]الرهن في المضمونة بلا تضمين، أقول: قد حول "الأثمار" العبارة حيث قال: ويصح في نحو العين مع الضمان، قال ابن بهران: وقوله مع الضمان أي حيث صارت مضمونة بأي أمر سواء كان تضميناً كالعارية المضمنة أو بغير تضمين كما يضمنه الأجير المشترك، انتهى.

قلت: لك أن تقول أنه يعلم أن المضمونة يصح فيها بالأولى إذا لزم فيما طرأ له التضمين فيتم شمول الأزهار لذلك، وزاد "الأثمار" غالباً احترازاً من الرهن فإنه لا يصح الرهن فيه مع أنه مضمون، وذلك لأنه يؤدي إلى التسلسل.

---

(١) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ٢٣) .

(**ويكفي**)[أ] في تضمين العين (**طلبه**) أي طلب مالك العين للـــرهن (**من المستعير والمستام لا الوديع**) لأنه لا يضمن [بتضمينه][1] وإن ضمن صريحاً فضلاً عن التضمين الضمني .

(**و**) أما أن طلب الرهن من (**المستأجر**) للعين لا يتضمن تضمينه فإن أراد أنه لا يضمن بتضمينه أثر الاستعمال فلا شبهة في كونه كالوديع، وإن أراد[ب] أنه لا يضـــمن

(أ) **قولـه:** ويكفي طلبه.. إلخ، أقول: حذف هذا الأثمار كله، قال الوابل لأن المراد هنا ذكر الرهن وما يتعلق به لا ذكر سبب التضمين لأن المعنى أنه لا يصح إلا في عين مضمونة بأي شيء ســواء كــان تضمينها بتصريح به أو بغير تصريح، وأيضاً فإن قوله في الأزهار لا الوديع يحتمل أنه أراد أن الوديع لا يكفي طلبه في التضمين فهو لا يكفى ولا يؤثر التصريح في التضمين أيضاً، فلا وجــه لتخصــيص الطلب وإن أراد أنه لا يصح الرهن في الوديعة فلم يتقدم ما يناسب ذلك، انتهى.

قلت: والشارح حمل عبارته على أنه أراد الشق الأول من الترديد لأنه ظاهر السياق.

(ب) **قولـه:** وإن أراد أنه لا يضمن بتضمينه العين، أقول: هذا الطرف من الترديد مــراده إذ هــو في سياق ضمان العين نفسها، ولذا قال في "الغيث"[2] والفرق بينهما يريد بين المستعير والمستأجر حيث كفى الطلب في الأول لا الثاني أن المستعير أخذ لنفع نفسه فقط فكفى في تضمينه طلــب الــرهن بخلاف المستأجر، فإنه آخذ لنفعه ونفع المالك فلم يكف الطلب، انتهى. فقول الشارح أنه يضمن إذا ضمن العين نفسها إن أراد ضمن صريحاً فلا كلام فيه ولا هو محــل الــتراع، وإن أراد التضـــمين الضمني فهو محل التراع.

---

(١) زيادة من نسخة أخرى .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٨ / ٢٣) .

بتضمينه العين فقد عرفت أنه يضمن إذا ضمن العين نفسها وأما الاعتذار[أ] بأنه آخذ ومعط لنفع نفسه ونفع المالك والمستام كذلك لأن كلام المتساومين آخذ ومعط لنفع نفسه ونفع صاحبه .

(**ولا**) يصح الرهن (**في**) تمام كفالة بإحضار (**وجه**) لأن الوجه ليس بدين وقد قيدت الآية الرهن به كما تقدم.

وقال[ب] المصنف بل لأنه لا يمكن الاستيفاء للوجه المكفول به من الرهن (**و**) أما إطلاق قوله أنه لا يصح الرهن من السيد في أرش (**جناية عبد** [1]) له لما عرفت من أن

(أ) **قوله:** وأما الاعتذار، أقول: أي عن كفاية الطلب في المستعير لا المستأجر فإنه منقوص بالمستام حيث جعلوه كالمستعير يكفي في تضمينه الطلب، والعلة الفارقة موجودة فيه إذ هو أخذ للعين لنفع نفسه فقط، والثمن ينتفع به غيره.

قلت لك: أن تقول فرق بين الأخذين والإعطاءين فإنهما في المستأجر قد أخذ كل واحد وأعطى من دون تردد ولا ترو في ذلك بخلاف المستام فإنه يأخذ العين غير جازم بالأخذ ولا بالإعطاء بل هو متردد في الأمرين كالذي أعطاه السلعة أيضاً إلا أن هذه الفروق لا تثبت بها الأحكام ولا تنفى لعدم قوتها على ذلك.

(ب) **قوله:** وقال المصنف: أقول: في "الغيث" تعليله بقوله لأن من مضمون الرهن أن يكون في ذمة الراهن شيء ولا شيء في ذمة الكفيل بالوجه فلا يصح رهنه.

---

(١) وأما قوله : " وجناية عبد " فلا وجه للمنع لأنه قد تعلق أرش تلك الجناية بمال السيد ، وإن اختار تسليم رقبة العبد لأنها مال من جملة ماله ، ولا منافاة بين تعلقها برقبة العبد وبين كونها متعلقة بمال السيد ، وإنما هذه الفروقات والتفريعات كثيراً ما تقع مبنية على غير أساس .

وأما قوله : " وتبرعاً بغير أمر وإضافة " فصحيح لأنه مع عدم الأمرين لايكون رهناً عن الذي عليه الدين أما لو أمره أو أضافه إليه وأجاز فظاهر أن ذلك يصح .

" السيل الجرار " (٣ / ٩) .

جناية العبد تتعلق برقبته كما تقدم فبناء على أن رهن السيد في أرش جناية عبده ليس اختياراً[أ] لرقبة العبد ولا يتضمنه ولا يخفى أنه لا يقصر عن تضمن ذلك كما تضمن طلب الرهن في العين تضمينها .

(**و**) لا يصح الرهن عن الغير (***تبرعاً بغير أمر***) منه .

قال المصنف[ب] لأنه لا يمكن الاستيفاء من الرهن حينئذ إذ لم يصدر من المتبرع ما يزيل ملكه (**و**) أقول المتبرع بالرهن كما لو تبرع بالتزام الدين أو تسليمه مع (***إضافة***) منه وتصريح بأن ذلك عن فلان فيتقارن لزوم الدين [٢٦/٤] والرهن كما قلنا في رهن السيد عن جناية العبد .

(**و**) الرهن (***كل فوائده***) الأصلية والفرعية الموجودة حال العقد والحادثة بعده (**رهن**) مثله إن لم يشترط خروجها، وقال الناصر[1] والإمام يحيى[2] والشافعي[3] لا

(أ) **قوله:** ليس اختياراً لرقبة العبد، أقول: في "الغيث" فلو التزم الجناية ثم رهن صح ذلك، وكذا لو فهم من دفع الرهن أنه أراد اختيار الأرش كان اختياراً وصح الرهن، انتهى. فإحالته على الفهم قد لاقى كلام الشارح.

(ب) **قوله:** قال المصنف.. إلخ، أقول: في "الغيث" تعليله بقوله لأن فرض الرهن أن يكون مضموناً، وهنا لا يصح ضمانه إلا لمن هو عنه، إذ لا عقد بينهما ولا للراهن لعدم وجوب الحق عليه، انتهى. أو الشارح جعل التبرع كالالتزام مع الإضافة، ولا يخفى بعده [٢٦/٤].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١١٥) " شرح الأزهار " (٨ / ٢٦) .

(٢) " شرح الأزهار " (٨ / ٢٥) .

(٣) " البيان " للعمراني (٦ / ٧٠ – ٧١) .

يكون رهناً، قلنا يسري(أ) الرهن إليها كالكتابة إلى الولد، قالوا سراية العتق مخالفة للأصول باستهلاك مال الشريك بغير إذنه بخلاف الرهن، ولحديث(١) أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: " لا يغلق(ب) الرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه " ابن حزم(٢) وحسن إسناده، والدارقطني(٣) من طريق أخرى صححها عبد الحق(٤) كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً وهو عند ابن حبان(٥) والدارقطني(٦) ....

(أ) **قوله:** قلنا يسرى الرهن، إليها كالكتابة، أقول: هذا غير محل النزاع فإن الكتابة تسرى إليها سرى ملك، وإخراج للرقبة عن ملك مالكها، وهنا الفوائد باقية على ملك الراهن، إنما قالوا تحبس مع أصلها وهو غير ما أقاسه عليه، وكذلك حديث(١) "له غنمه وعليه غرمه ليس من محل النزاع فإن غنمه فوائده وهي باقية على ملك الراهن إنما الدعوى أنها تبقى رهناً كأصلها فلا يصح الاستدلال

بالحديث إلا على من قال أن الفوائد ملك للمرتهن.

(ب) **قوله:** لا يغلق، أقول: بفتح ياء المضارعة والغين المعجمة وضم القاف على الخبر كما قاله ابن عبد البر(٧) أي: لا يهلك وفي "النهاية"(٨) المعنى أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه وكان هذا من فعل الجاهلية أن الراهن إذا لم يؤد الدين الذي عليه في الوقت المعين ملك المرتهن الرهن فأبطله الإسلام، انتهى. فعرفت أن هذه الجملة المرفوعة لا دخل لها في محل الاستدلال في ما نحن فيه، والذي يصلح حجة كلام مدرج لا تقوم به حجة، ولكن لا يخفاك أنا نختار مع صحة رواية الرهن أنه لا يقدح فيه رواية الإرسال بل الحكم للرفع.

---

(١) تقدم وهو حديث مرسل ضعيف وقد تقدم وسيأتي تخريجه مفصلاً .

(٢) في " المحلى " (٨ / ٩٩) .

(٣) في " السنن " (٣ / ٣٣ رقم ١٢٩) .

(٤) في " الأحكام الصغرى " (٢ / ٦٩٠) .

(٥) في صحيحه رقم (٥٩٣٤) .

(٦) في " السنن " (٣ / ٣٢ رقم ١٢٦).

(٧) في " التمهيد " (١٣ / ٧٥ - ٧٦) .

(٨) " النهاية في غريب الحديث " (٢ / ٣١٥) .

وابن ماجه[1] والحاكم[2] والبيهقي[3] وغيرهم موصولاً ومرسلاً من مراسيل ابن المسيب من طرق بلفظ: " لا يغلق الرهن من راهنه صاحبه له غنمه وعليه غرمه "، وصحح أبو داود[4] والبزار[5] والدارقطني[6] إرساله، وصحح ابن عبد البر [7]وعبد الحق وصله.[8]

قلنا: " له غنمه وعليه غرمه "[أ] مدرج من قول سعيد صرح بذلك أبو داود في

(أ) **قولـه:** وعليه غرمه، أقول: تقدم أنه غير مرفوع فلا حجة فيه فالدر والركوب يصيران ملكاً للمرتهن لا رهناً وغيرهما إن كان حاصلاً قيل فهو رهن وإن حدث بعد فالأصل عدم الرهنية هذا خلاصة ما اختاره الشارح، ولا يخفى قوته دليلاً.

ثم رأيت لأبي محمد ابن حزم[9] ما معناه ومنافع الرهن كلها لا يحاشى منها شيئاً لصاحبه الراهن هي له كما كانت قبل الرهن ولا فرق إلا ركوب الدابة المرهونة ولبنها فهما له إلا أن لا ينفق عليها الراهن وانفق عليها المرتهن كانا له بما انفق لا يحاسب به من دينه كثر ذلك أو قل برهان ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾[10] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام "[11] والمرهون باق على ملك راهنه بيقين وإجماع فله الوطء والاستخدام

---

(1) في " السنن " رقم (٢٤٤١) .

(2) في " المستدرك " (٢ / ٥١) .

(3) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٩) .

(4) في " المراسيل " رقم (١٨٦ ، ١٨٧) .

(5) ذكره الحافظ في " التلخيص " (٣ /٨٤) .

(6) في " السنن " (٣ / ٣٣ رقم ١٣٢) .

(7) في " التمهيد " (١٣ / ٧٦) .

(8) في " الأحكام الصغرى " (٣ / ٦٩٠) .

(9) " المحلى " (٨ / ٩٩ – ١٠٠) .

(10) [سورة البقرة : ١٨٨] .

(11) تقدم وهو حديث صحيح .

"المراسيل"[1] وجوده ابن وهب[2] أيضاً، وأشار إلى مثل ذلك عبد الرزاق[3] ولو سلم فالمراد[أ] بَلْه غنمه أن المرتهن لا يملك الغنم لا أنه لا يكون رهناً، قالوا يأبى ذلك حديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال" الرهن مركوب ومحلوب " الدارقطني[4] والحاكم[5] من

والمؤاجرة والخياطة وأكل الثمرة والولد الحادث والزرع والعمارة والأصواف الحادثة والسكنى وسائر ما للمرء في ملكه إلا كون الرهن في يد المرتهن فقط بحق القبض الذي جاء به القرآن ولا مزيد إنما كان للمرتهن الركوب واللبن للنص في مقابل إنفاقه، انتهى. ولا ريب أن كلامه أوفق بالحديث.

واعلم أن الأقوال في الفوائد خمسة، رهن مضمون، لا رهن ولا مضمونة، رهن غير مضمونة، لبنه وصوفه وركوبه للمرتهن، اللبن فقط [للمرتهن][6]، كذا في "الغيث" ونسب الآخر إلى ابن حنبل[7] والذي في "نهاية المجتهد"[8] إسحاق بن راهوية أن المرتهن يحلبه ويركبه بقدر ما ينفقه ولمالك تفصيل آخر ذكره هنالك [٢٧/٤].

(أ) [قولـه: فالمراد بله غنمه أن المرتهن لا يملك العين، أقول: على هذا المعنى حمل أهل المذهب الحديث][6].

---

(١) رقم ١٨٦) .

(٢) ذكره ابن عبد البر في " التمهيد " (١٣ / ٧٦) .

(٣) في " مصنفه رقم (١٥٠٣٣) .

(٤) في " السنن " (٣ / ٣٤ رقم ١٣٦) .

(٥) في " المستدرك " (٢ / ٥٨) وقال : هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

(٦) زيادة من نسخة أخرى .

(٧) " المغني " (٦ / ٥٠٩) .

(٨) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٥٧ – ٦٠) بتحقيقي .

حديث أبي هريرة والمراد مركوب ومحلوب للراهن[أ] لا للمرتهن عند غير أحمد[1] وأبي ثور، قلنا: أعل بالوقف ورجحه الدارقطني[2] والبيهقي[3]، وقال ابن أبي حاتم قال أبي رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد.

قلت: أما الركوب واللبن فلا بد من الحكم باستحقاق المنفق للمركوب والمحلوب لهما من راهن أو مرتهن لحديث: " الرهن يركب ويحلب بنفقته "تقدم، وعليه يحمل قول أحمد[1] وأبي ثور يملك المرتهن الفوائد تخصيصاً للدعوى بالخراج ولا بد من ذلك على أصل من أوجب ضمان الرهن بحديث الخراج بالضمان تقدم، وما عدا الخراج فإن كان حاصلاً حال العقد تعلق الرهن به وإلا فالأصل البراءة عن تعلقه به فيكون أمانة ودعوى السراية لا تسمع إلا بدليل كالعتق.

وأما أن ما حصل من الفوائد فهو (**مضمون**) خلافاً للقاسم[4] وأبي حنيفة[5] قلنا : لو كان غير ضمانة لكان أمانة إذ لا واسطة ولو كان أمانة لما استحق حبسه، وأجيب بمنع الملازمة بين الأمانة وعدم استحقاق الحبس مسنداً بمستأجر عين لم يضمن (**لا كسبه**) لو كان ذا كسب كالعبد [٢٧/٤] فلا يكون رهناً والمراد بالكسب ما لا يكون

(أ) **قوله:** للراهن لا للمرتهن، أقول: الظاهر مع أحمد ففي بعض ألفاظ الحديث الصحيح "إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته" وغيره من الأحاديث الدالة على أن الراكب والشارب المرتهن كما سلف واختار الشارح هذا.

---

(١) " المغني " (٦ / ٥٠٩ – ٥١٠) .

(٢) في " السنن " (٣ / ٣٣ رقم ١٢٩) .

(٣) في " السنن الكبرى " (٦ / ٣٩ – ٤٠) .

(٤) " شرح الأزهار " (٨ / ٢٦) .

(٥) " بدائع الصنائع " (٦ / ١٥٦) .

كراء له بل ما يوهب له أو يصطاده أو نحو ذلك لأن الكراء من الفوائد الفرعية وقد تقدم أنها رهن مضمونة بالسراية لاتصالها بذاته اتصال السبب بالمسبب لكنه يلزم أن لا يكون الكسب إلا ما لا يستند إلى عمل منه فلا يكون[أ] الصيد والإحياء ونحوهما كسباً (**وَمُؤنُهُ كلها على الراهن**) وقال الفريقان[1] إلا مؤونة[ب] حفظه لنا حديث "وعليه غرمه" قالوا غرمه مجمل لأنه فسر بمؤنه أو بجنايته أو بما فيه من دين أو بتلفه من ماله وأما لزوم المؤن للمالك فبالاستصحاب لا بالحديث ولم يستصحب الحفظ عليه لخروجه من يده فإيجاب الحفظ عليه يناقض رفع يده ويناقض تضمين المرتهن أيضاً (**فإن أنفق المرتهن**) على الرهن (**فكالشريك**) وقد تقدم الكلام على إنفاق الشريك في النفقات فلا نكرره[ج].

(أ) **قوله:** فلا يكون الصيد والإحياء كسباً، أقول: أراد بالكسب ما ليس من نفس الرهن ولا بدل من منافعه كما في شرح الأثمار فيرد عليهم ما أورده الشارح من الصيد والإحياء إذ هما من إبدال المنافع إلا أن يريد بإبدال المنافع ما كان عن معاوضة فلا يرد ما ذكر ويدل على أنهم أرادوا ذلك عدهم للصيد والإحياء من غير الكسب فينظر إلا أنهما لغة من الكسب.

(ب) **قوله:** إلا مؤونة حفظه، أقول: قد أورد "الغيث"[2] هذا سؤالاً، فقال: ويرد على مذهبنا سؤال وهو أن يقال: الحفظ واجب على المرتهن وما لا يتم الواجب إلا به يكون واجباً، فهلا وجب على المرتهن؟ والجواب من وجه: الأول: أن هذا ليس بمطرد فإن المستأجرة والمعارة المؤونة على المالك سواء ضمنها أو لا. الثاني: الخبر وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " له غنمه وعليه غرمه "[3] انتهى والشارح كما ترى اختار مذهب الفريقين[1] كأنه يضعف الجوابين.

(ج) **قوله:** فلا نكرره، أقول: تقدم للمذهب أنه إن أنفق الشريك في غيبة المالك أو لأجل تمرده أو إعساره أو بأذنه رجع عليه بما أنفقه وإن لم يكن شيء من ذلك فلا يرجع عليه.

---

(1) " الوسيط في المذهب " (٣ / ٤٩٩ – ٥٠٠) " بدائع الصنائع " (٦ / ١٥٦) .

(2) " شرح الأزهار " (٨ / ٢٧ – ٢٨) . (3) تقدم تخريجه وهو مرسل ضعيف .

(فصل)

(و) الرهن (هو) مع المرهن (**كالوديعة**[1]) في حرمة الانتفاع به والتصرف فيه أي تصرف (**إلا في جواز الحبس**) لأنه موضوعه ومسمى اسمه (و) في (**أنه**) مضمون على المرهن أن جنى عليه بلا خلاف وبلا جناية[أ] أيضاً وعن علي[2] عليه السلام وبه قال الناصر[3] والإمام يحيى[4] والشافعي[5] ....

(فصل) وهو كالوديعة

(أ) **قوله:** وبلا جناية أيضاً، أقول: أي مضمون إذا أصابته آفة سماوية، وقوله وعن علي.. إلخ، هذه إحدى الروايتين عن علي وضمير لا يضمنه أي الرهن الذي تلف مثلاً بغير جناية المرهن.

واعلم أن في "البحر" [6]عن علي وعمر وابن عمر وجماعة من التابعين وزيد والقاسمية وأبي حنيفة وأصحابه أنه يضمن المرهن ما أصيب بآفة سماوية وهو الأزهار وقال ابن حزم[7] : أنه لم يصح عن علي الرواية بالتضمين بل أصح الروايات عنه إسقاطه فيما أصيب بجائحة، وكذلك قال لم يصح عن عمر ولا عن ابنه وذكر في المسألة خمسة أقوال وزيفها لعدم الدليل، ثم ذكر حديث أبي هريرة[8]:" لا يغلق الرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه "، قال فهذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب والهلاك من الغرم ويأتي الكلام على حديث الفرس.

---

(١) يريد أنه كالوديعة في أمر خاص وهي عدم جواز انتفاع المرهن به وتصرفه فه لا في جواز حبسه له حتى يستوفي دينه فإن ذلك هو موضع الرهن .

" السيل الجرار " (٣ / ١١) .

(٢) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى " (٦ / ٤١) .

(٣) " شرح الأزهار " (٨ / ٣١) .

(٤) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٤) .

(٥) " روضة الطالبين " (٤ / ٩٦) .

(٦) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٤ – ١٢٥) .

(٧) في " المحلى " (٨ / ٩٨ – ٩٩) .

(٨) تقدم تخريجه وهو مرسل ضعيف .

وأحمد[1] والأوزاعي[2] لا يضمنه، لنا ما روى عن عطاء مرسلاً أن[أ] رجلاً رهن رجلاً

(أ) **قوله:** مرسلاً، أقول: نفق الفرس أي مات في يد المرتهن، والأدلة قد تعارضت في الضمانات فحديث عطاء يقضي بالضمان، وحديث[3]: "عليه غرمه" يقضي بخلافه إلا أن الأول مرسل وفي العمل به خلاف، وقد قدمنا العمل به، والثاني مدرج لا يقوم به الاستدلال وعندنا أنه قد ثبت له الرفع فيعتمد على أنه قال إنه مجمل فلا يتم به الاستدلال لو ثبت رفعه إلا بعد بيانه، فالمرسل أولى من المدرج إلا أنه عضد المدرج حديث الخراج بالضمان"[4] وقد استدل في "نهاية المجتهد"[5] للقائل بالضمان فإنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفها أصله تلف المبيع على البائع إذا امسكه حتى يستوفى الثمن

وهو متفق عليه عند الجمهور فهذا القياس أيد به مرسل عطاء [والشارح المسألة عندي محل وقف لعدم نهوض الأدلة من الجانبين][6] والشارح تقدم له تقوية قول أحمد[7] وأبي ثور بملك الراهن للفوائد فيلزمه هنا القول بالضمان لحديث[8] الخراج بالضمان إلا أنه تقدم له أن المراد بالخراج الكراء لا غير ولا وجه لحصره عليه و"المنار"[9] جنح إلى قول مالك[10] أنه يضمن غير الغالب، قال: وهو الأعدل إذ لم يأذن المالك إلا للمجئ والمرتهن أخذه لغرضه وليس ذلك من أوصاف الأمانة والأصل حفظ مال الغير، انتهى.

---

(1) " الإنصاف " (٥ / ١٥٩) .

(2) انظر " المغني " لابن قدامة (٦ / ٥٢٢) .

(3) تقدم تخريجه وهو مرسل ضعيف .

(4) تقدم تخريجه .

(5) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٦٠ – ٦١) .

(6) زيادة من نسخة أخرى .

(7) " المغني " (٦ / ٥٢٢) " الإنصاف " (٥ / ١٥٩) .

(8) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(9) (٢ / ١٢٩) .

(10) " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " (٤ / ٦١) .

فرساً بمال له عليه فنفق الفرس في يد المرهن، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم" ذهب حقك" [(١)]قالوا : مرسل لا حجة فيه وإن سلم حمل على نفاق الفرس بجناية من المرهن جمعاً بينه وبين حديث[(٢)]:" وعليه غرمه ".

قلت: يشكل على اختيار حديث الفرس[(٣)] فإنها هلكت بغالب إلا أن يقول مرسل لا حجة فيه، وقد قال صاحب "المنار"[(٤)]: أما ضمان الغالب فأمر عظيم لا يقتحم إلا بدليل قاهر انتهى كلامه.

واعلم أنه قال ابن حزم[(٥)] أن حديث الفرس روي من طريق مصعب بن ثابت وليس بالقوي، مع أنه مرسل وذكر في المسألة خمسة أقوال واختار أنه لا يضمن، واستدل بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " إن دماءكم وأموالكم حرام "[(٦)] قال: فلا يحل تغريم المرهن شيئاً ولا أن يضمن الرهن بغير نص في تضمينه إلا أن يتعدى فيه ويضيعه فيضمن حينئذ في كلا الوجهين.

قلت: هذا هو الحق بلا مرية ولا يكلف الله عباده ضمان الآفة السماوية، وأنه إذ مات العبد ضمنه المرهن بلا جناية ولا ذنب ولا قدرة له على دفع ما نزل، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، والله تعالى أعدل من أن يلزمه ذلك، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم لمن أصابت ثماره الجائحة وأراد استيفاء قيمتها من المشتري: " بم تأكل مال أخيك"[(٦)] وهو حكم عام للمرهون والمشتري، والعجب كله من تفريعهم على ضمان الجائحة أنه يضمن بأوفر قيمة من القبض إلى التلف، وأما إذا جنى عليه فيضمنه بقيمته حين التلف، والشارح قد جنح على ما اخترناه من عدم الضمان في الجائحة، وأورد عليهم أن التغليظ في ضمان جنايته أولى من التغليظ فيما أصيب بالجائحة [٢٨/٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في " المرسيل " رقم (١٨٨) والبيهقي (٦ / ٤١) ، والطحاوي في " شرح معاني الأثار " (٤ / ١٠٢) وابن أبي شيبة في " المصنف " (٧ / ١٨٣) كلهم من طريق عبد الله بن المبارك ، عن مصعب بن ثابت ، قال : سمعت عطاء بن رباح يحدث أن رجلا فذكره .

قال ابن حزم في " المحلى " (٦ / ٣٧٨ رقم المسألة ١٢١٥) : " هذا مرسل ومصعب بن ثابت ليس بالقوي " .

قلت : بل ضعيف وباقي رجاله ثقات .

(٢) تقدم تخريجه وهو مرسل ضعيف .

(٣) تقدم تخريجه آنفاً .

(٤) (٢ / ١٢٩) .

(٥) " المحلى " (٨ / ٩٨ – ٩٩٠) .

(٦) تقدم وهو حديث صحيح.

قلنا : المراد ما يحتاج إليه من غرامة لا تلفه من ماله قالوا تأويل لا يساعده" له غنمه" لحديث[1] الخراج بالضمان تقدم فلو كان مضموناً على المرتهن لكان له خراجه بحكم النص وقد أبيتموه ولم يثبته إلا أحمد وأبو ثور وقول للشافعي ولأنه مأخوذ للانتفاع بقبضه في مقابلة مال كالعين المؤجرة، وإنما يضمنه المرتهن (**في العقد الصحيح**) [٢٨/٤] لا الفاسد وهو مفقود العقد أو الأقباض أو المأخوذ على غير مضمون بالتضمين فادعى المصنف الإجماع على عدم ضمانه، وأما قوله أن المرتهن يضمنه ٠

(**ولو**) كان الراهن (**مستأجراً[أ] أو مستعاراً لذلك**) أي استأجره الراهن أو استعاره ليرهنه فلا دخل له في بيان ضمان الرهن على المرتهن لأن من أثبت ضمان المرتهن لم يختلفوا في عدم الفرق بين كونه ملكاً للراهن أو مستعار أو مستأجراً وإنما[ب] اختلفوا في ضمان الراهن فقال الشافعي[2] لا يضمن وهو خلاف أصله في ضمان العارية كما سيأتي

(أ) **قال:** ولو مستأجراً أو مستعاراً لذلك، أقول: أي ليرهن ولا يخفى أن الرهن حبس عين بدين يمكن استيفاؤه منها، ولا يكون هذا إلا في عين مملوكة للراهن فالمستعارة والمستأجرة لا يمكن استيفاء الدين منهما لعدم ملك الراهن لهما فالحق أنه لا يصح الرهن إلا لعين مملوكة لراهنها ثم رأيت في السراج[3] أنه قال ابن جريج أنه لا تكون العين المرهونة إلا ملكاً للراهن كما قلنا، فالحمد لله.

(ب) **قوله:** وإنما اختلفوا في ضمان الراهن أقول: وفائدة الخلاف أنه عند تلفه قبل الرهن أو بعد الفك فعلى القول الأول لا يضمن وعلى الثاني يضمن قدر الدين وعلى قول أهل المذهب يضمنها كلها وثمت فوائد أخر ذكرها في "الغيث"[4].

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث حسن ٠

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ١٢) ٠

(٣) (٤ / ٣٣٧) ٠

(٤) " شرح الأزهار " (٨ / ٣٣ – ٣٤) ٠

فأصله يكفي عليه حجة وقال أبو حنيفة [(١)] وأصحابه وهو قول لأبي طالب [(٢)] لا يضمن من العارية، والمستأجرة إلا قدر ما أسقطت عنه من الدين للمرتهن .

قلنا : أخذ العين ليرهنها كشرط الضمان لها فيضمنها كلها بعد قبض المرتهن وقبله أيضاً وأجابت الحنفية بأن الإذن من المالك برهنها في مقدار كبيعها به فلا يضمن الراهن غيره كما لا يضمن المشتري غير الثمن وما زاد من ضمان المرتهن فللراهن، وقال أبو طالب[(٢)] بل ضمانها بما رهنت فيه فإذا زاد ما ضمنه المرتهن فليس بمضمون بل باق على أصل الأمانة.

وأجيب[(أ)]: بمنع أن شرط الضمان مقيد بما رهنت فيه (و) اختلافهم في ضمان الراهن للمستعارة والمستأجرة لترهن إنما هو إذا (**لم يخالف**) المستعير والمستأجر (***المالك***) فيما أذن له به فيهما وإلا ضمن ضمان الغصب اتفاقاً .

ثم الرهن (**مضمون**) على المرتهن (**كله**) أي كل قيمته، وقال[(ب)] عمر [(٣)]

(أ) **قوله:** وأجيب بمنع أن شرط الضمان مقيد بما رهنت فيه، أقول: فيلزم ضمانها كلها وهو المذهب.

(ب) **قوله:** وقال عمر[(٤)] وزيد.. إلخ، أقول: في أن المرتهن يضمن زيادة الرهن والراهن لا يضمن زيادة الدين ولو كان الدين مائة درهم وقيمة الرهن تسعون فإنه يضمن تسعين ويبقى له من دينه عشرة دراهم، وإن كان الرهن بمائة والدين بتسعين فإنه يسقط جميع هذه ولا يرجع بعشرة عليه.

---

(١) " مختصر الطحاوي (ص ٩٤) .

(٢) " شرح الأزهار " (٨ / ٣٢) .

(٣) ذكره ابن قدامة في " المغني " (٦ / ٥٢٢) .

(٤) " المغني " (٦ / ٥٢٢)

وزيد وأبو حنيفة [١] وأصحابه والثوري[٢] بل الأقل من القيمة أو الدين وقال البصري[٣] والشعبي بل بالدين[أ] قل أم كثر، لنا على ضمان زيادة القيمة حديث[٤] "له غنمه" والزيادة غنم وعدم الفارق بين مضمون ومضمون .

وأجيب بالفرق بمثل ما تقدم في ضمان الراهن للمؤجرة والمستعارة لترهن ورد بمنعه (و) أما مقدار (**ضمان الرهن**[٥]) فمختلف فيه لأنه (**إن تلف**) بأمر سماوي ضمن

(أ) **قوله:** بل بالدين قل أم كثر، أقول: ويستدل بقصة الفرس[٦] فإنه صلى الله عليه وآله وسلم حكم بسقوط الدين بهلاك الفرس ولم يستفصل هل الدين مساو أو أقل أو أكثر، وكان يلزم أهل المذهب القول بهذا لأنهم استدلوا بقصة الفرس في أصل الضمان ولم يعارضها هنا ما هو أقوى.

---

(١) " الهداية " (٤ / ٤٦٨) .

(٢) ذكره القاضي المالكي في " عيون المجالس " (٤ / ١٦٣٢) .

(٣) ذكره ابن قدامة في " المغني " (٦ / ٥٢٢) وانظر : " عيون المجالس " (٤ / ١٦٣٣) .

(٤) تقدم وهو حديث مرسل ضعيف .

(٥) وأما قوله : " مضمون كله ضمان الرهن إن تلف بأوفر قيمة من القبض إلى التلف " فمن ساقط التفريع وزائف الرأي وخبط الاجتهاد ، يالله العجب كيف يكون هذا الضمان المشدد المؤكد الذي جاوز حد كل ضمان في الأبواب التي قد حصل فيها سبب من أسباب الضمان الشرعية ، كالغصب ، فلو أن رجلا ارتهن عيناً وتوثق ببقائها لديه حتى يستوفي دينه ، ثم تلفت بغير جناية ولا تفريط بأمر سماوي ، فهل يسوغ هذا شرع أو يقبله عقل أو يستحسنه رأي ، وقد عرفناك أن أموال العباد معصومة بعصمة الإسلام لا يحل لمسلم أن يحلها لغيره أو يستحلها بغير شرع واضح ، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل أو تأكيلها ، وإذا عرفت هذا فلا ضمان على المرتهن إلا لجناية أو تفريط لأنه قد تسبب بذلك إلى تلفها ، ولا يضمن غير ذلك كائناً ماكان لأنه أخذها بإذن مالكها في حق أثبته له الشرع وهو التوثق ببقائها لديه في دينه الذي انتفع به مالكها .

" السيل الجرار " (٣ / ١٢) .

(٦) تقدم تخريجه .

(**_بأوفر قيمة من القبض إلى التلف و_**) ألا يتلف بأمر سماوي بل بجناية[أ] ضمن ضمان (**_الجناية_**) لقيمته حين (**_إن أتلف_**) إلا أنه لا يخفى أن[ب] الفرق تحكم بحت لأن استحقاق القيمة على المرتهن إن كان ثابتاً قبل التلف فلا فرق بين ما أتلف وما تلف[ج] بل الجناية على ما هو كالوديعة أولى بأن يغلظ ضمانها وإن لم يثبت إلا بالتلف فلا وجه لضمان ما لم يكن مضموناً .

(أ) **قوله:** بل بجناية، أقول: الأولى بل بجنايته بالإضافة إلى المرتهن إذ الحكم بجنايته لا مطلق الجناية كما تعرفه مما يأتي عن "الوابل"[1].

(ب) **قوله:** إلا أنه لا يخفى أن الفرق تحكم بحت، أقول: في الأثمار نسبة لزوم ضمان الجناية فقط إن أتلف إلى المذهب، قال الوابل: وهذا هو ظاهر "الأزهار" قال النجري في شرحه على الأزهار ما معناه: أنه سأل الإمام المهدي عن كلام الحفيظ وتعليق الفقيه ع [2]واحد كلامي التذكرة وهو أن الراهن مخير إن شاء ضمنه ضمان الرهن أو ضمان الجناية، فقال المذهب: ما في "الأزهار"[2] يعني أنه لا يستحق الأرش بجناية واستضعف المؤلف جعل ذلك للمذهب، وقال: الصحيح ما ذكره في الحفيظ وتعليق الفقيه ع وهو المذكور في شروح التذكرة من أنه يخير كما مر، قال: لا وجه لما ذكره الإمام المهدي [3]للمذهب لأنه إذا وجب الأغلظ مع وقوع الجناية عليه من غيره فأولى أن تجب من جنايته، انتهى. ولا يخفى أن قوله فأولى أن تجب من جنايته يقتضي أن تلزمه بجنايته الأغلظ لا أنه يخير الراهن إلا أنه يقال لما كان مخيراً فإنه لا يختار إلا الأغلظ مراعاة لحظ نفسه.

(ج) **قوله:** بل الجناية على ما هو كالوديعة.

أقول: الأولى أن يقال بل جنايته بنفسه أولى بالتغليظ من الجناية بالأمر الغالب، والله سبحانه أعلم [٢٩/٤].

---

(١) " شرح الأزهار " (٨ / ٣٤ – ٣٥) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٨ / ٣٤ – ٣٥) .

(٣) انظر : " المرجع السابق (٨ / ٣٤) .

(***وفي نقصانه بغير السعر***) نقصاناً (***يسيراً***) **[٤/٢٩]** بغير جناية أو جناية (***الأرش***) فقط على المرتهن.

واحترز بقوله: (***غالباً***) عما لو انشدخ نحو الإكليل بلا جناية ولا نقصان وزنه ولا جوهره وهو مرهون في جنسه من الجوهرين فإنه لا شيء فيه وفيه نظر(أ) لأن الأشداخ (١) إن نقص قيمة صنعته فلا دليل على تخصيصها بعدم الضمان إلا توهم كون ذلك ربا وهو غلط لأن الربا إنما يكون في البيوع لا في الضمانات وإن لم ينقصها فلا نقص في عين ولا قيمة والمسألة مفروضة على النقص ثم القيمة إذا كانت مضمونة من القبض إلى التلف فلا وجه(ب) أيضاً لتخصيص نقصان زيادة سعر القيمة بعدم التضمين وإن أريد نقصان سعر المثلى بناء على أن السعر لا يكون إلا فيه فالكلام في نقص المضمون والمضمون إنما هو المثل في المثلى ولم ينقص .

(أ) **قوله:** وفيه نظر لأنه إن نقص قيمة صنعته.. [إلخ](٢)، أقول: الكلام مفروض أنه لزم من انشداخه خلل يوجب له الأرش لولا ما عرض من المانع وهو لزوم الربا وذلك أنهم عللوا عدم ضمان الأرش هنا بأنه يكون ربا من حيث أنه دين معاملة لا دين جناية، ولذا قالوا: فإن انتقص وزنه أو كان بجناية أو كان مرهوناً في غير جنسه أو كان فيه جواهر فانكسرت ولو بغير جنايته فإن المرتهن يضمن الأرش في ذلك كله، لأنه دين جناية لا يلزم منه الربا هكذا قرروه، قال الفقيه ع (٣)القياس أنه يضمن في الصورة الأولى لأن الضمان ليس من عقود الربا، واختاره الإمام شرف الدين، وقد بسط المسألة في شرح الفتح وأبان كيفية المساقطة.

(ب) **قوله:** فلا وجه لتخصيص نقصان زيادة سعر المثلي، أقول: هو كما قال ولم نجد لهم فرقاً إلا قولهم السعر غير مضمون وهو عين الدعوى.

---

(١) [فعله ثلاثي : شدخ . يشدخ ، شدْخاً] .

(٢) زيادة من نسخة أخرى .

(٣) " شرح الأزهار " (٨ / ٣٥) .

(**و**) أما إذا كان النقصان (**كثيراً**) وهو ما فوق النصف فإنه يثبت للمالك (**التخيير**) بين أخذ الرهن وأرشه أو أخذ قيمته (**و**) إذا كان الأرش ثابتاً بغير جناية فإنه (**يساقط**) من (**الدين**) بقدره ولا يحتاجان في ذلك إلى التراد (**إلا لمانع**) وهو أن يكون الأرش من غير جنس الدين فلا بد من التراد بينهما بأن يأخذ كل منهما ما هو له ويسلم ما هو عليه .

(***وعلى مستعمله منهما لا بأذن الآخر الأجرة وتصير رهناً*** [1]) كما تقدم إن لم يسقط الدين أو بعضه (**و**) إنما لزمت المالك لأنه (**لا**) ينفذ (***تصرف للمالك فيه بوجه إلا بإذن المرتهن***) وقال الإمام يحيى [2]ومالك[3] والشافعي[4] وابن أبي ليلى[5] له التصرف[أ] فيه بما لا يرفع يد المرتهن .

(أ) **قوله:** له التصرف فيه، أقول: في "المنار" وجهه أنه ملكه ومقتضى الرهن الاستيثاق بالحبس فقط ولا دليل على غير ذلك، انتهى. وهو يلاقي مختار الشارح.

---

(١) وأما قوله : " وعلى مستعمله منهما " إلخ فقد عرفت ما تقدم في فوائد الرهن والركوب من استعمال للرهن ، وقد تقدم النص عليه في الحديث ، وأما استعماله على وجه ينقص به كلبس الثوب ، فلا يجوز ذلك للمرتهن ، فإن فعل لزمه أرش النقص فيما نقص بالاستعمال ، وأما الراهن فلا يجوز له ذلك لأن الرهن في حبس المرتهن ، فإن فعل فلا شيء عليه لأنه استعمل ملكه ، وأما كونه لا ينفذ للمالك فيه تصرف فظاهر لأن تصرفه فيه ببيع أو نحوه يخالف موجب الرهن ، فإن أذن المرتهن فقد رضي لنفسه بترك حقه المتعلق بالرهن من الحبس له حتى يستوفي دينه فإن فعل كان للمرتهن نقضه ، وأما استثناء العتق والاستيلاد فالظاهر أنهما لا ينفذان في الحال ، لأن حق المرتهن لهما ، فإن انتهى الحال إلى رجوع الرهن للراهن نفذ وإلا فلا يثبت للعبد أو الأمة حكم الحرية ، ولا تصير أم الولد أم ولد بذلك . " السيل الجرار " (٣ / ١٣) .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٢) .

(٣) " عيون المجالس " (٤ / ١٦٢٩) .

(٤) " البيان " للعمراني (٦ / ٦٩ – ٧٠) " روضة الطالبين " (٤ / ١١٢) .

(٥) انظر : " المغني " (٦ / ٥٢٢) .

قلنا : الرهن متعلق بالرقبة والمنفعة وأجيب بالقول بالموجب ومنع منافاة تصرف الراهن بتعلق الرهن بالمنفعة لأن معنى تعلقه بها استحقاق حبس عوضها لا إتلافها بالتعطيل للعين عن منافعها وإلا لضمن أعواضها، إن لم يأذن وذلك معنى صحة تصرف المالك وهو ينافي قوله: (**فإن فعل**) أي تصرف بغير إذن من المرتهن (**نقض**) ما فعله (**كالنكاح**) والبيع والتأجير والمراد بنقضه عدم انعقاده من باب ضيق فم الركية لأنه موقوف والموقوف لا ينفذ، إلا بإجازة من له الإجازة وذلك معنى عدم انعقاده لأن انتفاء اللازم برهان[أ] آني انتفاء الملزوم (***إلا العتق والاستيلاد***) إن أراد المصنف أنهما ينفذان فلا وجه لقوله: (***على الخلاف***) .

بل الصواب أن يقال على الأصح وإن أراد التردد في النفوذ وعدمه فحق العبارة أن يقال وفي العتق والاستيلاد الخلاف، وقال المؤيد بالله[1] وأبو حنيفة[2] أنهما ينفذان مطلقاً وقال الناصر[ب] موقوفان مطلقاً [٣٠/٤] وقال أبو طالب إن كان في القيمة زيادة على

(أ) **قوله:** برهان آني على انتفاء الملزوم، أقول: هذا يناقض ما قرره آنفاً من صحة رهن[*] المزوجة والمؤجرة فتذكر.

(ب) **قوله:** وقال الناصر، أقول: وهو قول عطاء وأحد أقوال الشافعي، واختاره في "المنار"[3] قائلاً، إن موضوع الرهن أن يستوفي منه عند التعذر، فالظاهر عدم نفوذ العتق بل يقف على الإيفاء وقوفاً حقيقياً بحيث يباع لتعذر الإيفاء إلا الوطء فإنه تردد فيه، قال لأنه يجوز العلوق فلا يمكن الاستيفاء عند تعذر الدين. واعلم أن الشارح لم يتكلم على الاستيلاد وقد أطال في بيان أحكامه في "الغيث"[4] وفي مختصر شرح "الأزهار" وكأن الشارح رآها أحكاماً لم تربط بأدلة، انتهى [٣٠/٤].

---

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٢) .

(٢) " بدائع الصنائع " (٦ / ١٧٤) .

(٣) (٢ / ١٣٢) .

(٤) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٨ / ٥٠ – ٥١) .

(*) أي الأمة وقد تقدم توضيحه .

الدين نفذا وإلا بقيا موقوفين على الإيفاء ويتبع كل من النفوذ والوقف أحكامه من بقاء استحقاق المرتهن للحبس مع الوقف وعدم استحقاقه مع النفوذ وإن استحق على الراهن لموسر تعجيل الدين أو تنجيمه إن كان له كسب وإلا سعى العبد حيث لا مال ولا كسب للمالك بالأقل من قيمته و الدين.

(فصل)

(**و**) اختلف في صحة تسليط الراهن لمرتهن على بيع الرهن في وقت معين فالمذهب صحته ونفوذ بيع المرتهن له في ذلك الوقت بذلك التسليط خلافاً للشافعي[1]، لنا أن ذلك توكيل مؤقت وهو صحيح، قالوا حديث لا يغلق الرهن بما فيه تقدم، قلنا مع عدم التسليط، قالوا تأويل يخالف سبب الحديث لأنهم كانوا يقولون إن لم آتك بدينك لكذا وإلا فالرهن لك بدينك فجاء الحديث لإبطال نفوذ ذلك، قلنا لأنه بيع مشروط بمستقبل وهو فاسد بخلاف التوكيل.

ثم أحكام التسليط المقارن لعقد الرهن والواقع بعده مختلفة فإنه (***إذا قارن التسليط العقد لم ينعزل*** [2]) الوكيل (***بالوفاء***) خلافاً للناصر والمؤيد وهو اختيار

. . . .

(١) " البيان " للعمراني (٦ / ٥٦) .

(٢) مجرد وقوع التسليط مسوغ للمرتهن أن يبيع الرهن في الوقت الذي عينه له ، أو مطلقاً مع عدم التعيين ، واشتراط المقارنة ليس إلا لمراعاة الأمور اللفظية التي عرفناك غير مرة أنها لا تراعى ولا تؤثر ، بل التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات ، وما ترتب عليها من التصرفات ، فإذا قال الراهن للمرتهن إذا لم أوفكَ بدينك في وقت كذا فالرهن لك به كان ذلك موجباً لثبوت ملكه للرهن ، ولا يشترط غير ذلك ، وهكذا إذا قال له إذا لم أوفك بالدين إلى وقت كذا فقد سلطتك على بيع هذا الرهن ، واستوف من ثمنه دينك كان هذا صحيحاً والزائد والناقص يتراجعان فيه ، وبهذا تعرف أنه لافرق بين التسليط المقارن للعقد أي لوقت الرهن ، وبين المتقدم عليه والمتأخر عنه ، فالكل =

الإمام يحيى[(١)] للمذهب وقول للشافعي بقاء على أصل[(أ)] مقتضى الوكالة، قلنا مقارنة العقد صيرته لازماً من جهة الراهن كلزوم الرهن بالقبض لأنه تعلق له بالبيع حق به دخل في عقد الرهن فلا ينعزل مع بقاء حقه كما لا ينعزل المضارب عن بيع سلع المضاربة ٠

وإن انعزل عن غيره (**وإلا**) يقارن التسليط العقد (**صح**) الانعزال (**بالموت أو اللفظ**) لأن صدوره بعد العقد محض توكيل (**و**) لو سلم الراهن بعد التسليط بعض الدين كان (**إيفاء البعض أمارة**) للعزل عن التسليط وليس بعزل صريح خلافاً لظاهر كلام الهادي لكن[(ب)] يحمل كلام الهادي على أنه صريح عزل فيما تأخر التسليط عن العقد وإلا انتقض ما تقدم ٠

(فصل) وإذا قارن التسليط

(أ) **قوله:** بقاء على أصل مقتضى الوكالة، أقول: ومقتضاها أن للموكل العزل متى شاء فيعزل المرتهن بالعزل أو الموت، ولا ينحصر عزله في الإيفاء فقط كما في الأزهار، واختار الشارح كلام "الأزهار".

(ب) **قوله:** لكن يحمل كلام الهادي على أنه صريح عزل، أقول: في "الغيث" أن "الأزهار" للأخوين[(٢)] المؤيد وأبي طالب ثم قال وقد حمل السيدان كلام الهادي على كلامهما واحتجا بأن الهادي[(٣)] قال في آخر المسألة أن سكت الراهن حين باعه صح البيع وإلا فلو كان منتقضاً بتوفير بعض الحق لما صح البيع لأن السكوت لا يكون توكيلاً ولا إجازة لأن من باع مال غيره مع سكوت مالكه لم يكن ذلك إجازة فلما حكم بصحة البيع دل على أن إيفاء البعض ليس بنقض حقيقة، انتهى. والشارح حمل كلامه على ما تراه.

= تجارة عن تراض ، وإذا سلم الراهن بعض الدين وقبضه المرتهن ، فقد رضي لنفسه بعدم التسليط على ما يقابل ذلك القدر الذي قبضه ، فلا يجوز له بيع ما يقابله من الرهن ، وله بيع ما يقابل الباقي من الدين إذا لم يسلم الراهن ما بقي عليه من الدين ٠ " السيل الجرار " (٣ / ١٣ – ١٤) ٠

(١) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٢) ٠

(٢) " شرح الأزهار " (٨ / ٥١ – ٥٢) ٠

(٣) " شرح الأزهار " (٨ / ٥٤ – ٥٥) ٠

(**و**) وإذا عدل المتراهنان الرهن كانت (***يد العدل يد المرتهن*** [1]) بمعنى أنها تلزم المرتهن أحكام الرهن من الضمان وغيره (***غالباً***) احترازاً من تسليمه[أ] الرهن إلى يد المرتهن فلا يجوز [٣١/٤] (**و**) الرهن (***إذا باعه***) من كان (**غير متعد**) ببيعه وهو المأذون[ب] منهما أو الحاكم وكان البيع (***للإيفاء أو لرهن الثمن***) لأنه لو باعه غير المتعدي بالبيع لا لأحدهما لكان ذلك إخراجاً له عن الرهنية ولا بد في بقاء الضمان على المرتهن من أن يباع (***وهو في غير يد الراهن***) لأنه إذ كان في يد الراهن (**فقيمته وفاء**) أن[ج] بيع للإيفاء (***أو رهن***) ....

(أ) **قوله:** تسليمه الرهن إلى يد المرتهن، أقول: أو إلى يد الراهن قال في "الغيث": لا يسلم الرهن إلى يد أحدهما إلا برضى الآخر [٣١/٤].

(ب) **قوله:** وهو المأذون منهما، أقول: أو المنادي بأذنهما كما في "الغيث" وجعل هذه الثلاثة مما لا خلاف فيه، قال أو الحاكم وفيه الخلاف إلا إنه قال إن المذهب أنه إذا رفع المرتهن الراهن إلى الحاكم كان للحاكم أن يبيع الرهن ويوفي دينه.

(ج) **قوله:** أن بيع للإيفاء وقوله، أن بيع للرهن، أقول: يقتضي أن أعراب قوله في "الأزهار" إيفاء ورهناً النصب لأنه جعلهما مفعولين له ولو ثبت النصب رواية لكان حسناً إلا أنه يأباه الرسم في رهن وثمن فهما في الرواية خبر عن ثمنه .

واعلم أن "الأثمار" حول العبارة فقال: ولو باعه المسلط ونحوه ولو للإيفاء فهو إلى تسليمه أو عوضه مضمون لا رهن غالباً، قال الوابل عدل عن عبارة "الأزهار"[2] لأنها توهم أن ثمنه بعد البيع بالوفاء يكون وفاء سواء كان قد قبضه المرتهن أو لا، وسواء حصل الاقتضاء أو لا ويوهمه أيضاً أن الثمن

(١) قال الشوكاني في " السيل الجرار " (٢ / ١٤) : فينبغي أن يقال إن يده يد لهما ، فإن تراضيا على أن الفوائد تكون له إلى مقابل نفقة الرهن ونحوها فذاك ، وإن لم يتراضيا فالفوائد للمرتهن ، والمؤن عليه على ما قدمنا ، ولا يجوز له تمكين أحدهما منه إلا بعد تسليم الدين لأن ذلك هو الذي يقتضيه وضعها له على يد العدل .

(٢) " البحر الزخار " (٤ / ١٢٢ – ١٢٣) .

أن بيع للرهن لا (**مضمون**)[أ] على المرتهن لأن ضمانه مشروط ببقائه في يده.

(**و**) الرهن أيضاً بعد بيع غير المتعدي للإيفاء أو لرهن الثمن و (**هو قبل التسليم**) إلى المشتري باق على حكمه في أنه (**مضمون**) على المرتهن.

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو باعه المرتهن المسلط ثم فر المشتري بعد قبض المبيع وقبل تسليم الثمن فإن المرتهن لا يضمن حينئذ لأن المرتهن مأذون من جهة الراهن وفيه نظر[ب] لأن إذنه بالبيع لا يستلزم إذنه بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن فهو بتسلم المبيع قبل تسليم الثمن متعد لأنه أضاع حق الحبس للاستيفاء.

يكون رهناً مطلقاً سواء قبضه أو لا وليس كذلك.

(أ) **قولـه:** لا مضمون،أقول: تصرف الشارح في عبارة المصنف على قاعدته فصيَّر (مضمون)عطفاً على رهن أو وفاء عطف نفي وقدر شرطاً لقوله فثمنه ما هو قوله إذا كان في يد الراهن فلم يبق للشرط في قول المصنف، وإذا باعه جواب وفاتت فائدة الأخبار بأن ثمن الرهن مضمون على المرتهن بقيد كونه في يد الراهن سواء بيع الرهن للإيفاء أو للرهن،وهي المقصودة من السياق والشارح أفسد العبارة لفظاً ومعنى وقلب الإفادة إلى أنه لا يضمن المرتهن الرهن إذا كان في يد الراهن وقد كانت هذه الإفادة حاصلة من مفهوم التقييد بقوله وهي في غير يد الراهن لو أبقى العبارة على أصلها.

(ب) **قولـه:** وفيه نظر، أقول: قد نظره "الوابل"[1] وقال: إن فرار المشتري لا تأثير له في ثبوت الضمان وعدمه ولا في ثبوت الرهن وعدمه، لأن الرهن قد خرج عن الرهنية بمجرد البيع مطلقاً، وأما الضمان فإن فر المشتري بالمبيع قبل أن يوفر الثمن فإنه إذا باعه المرتهن ليكون ثمنه للإيفاء أو للرهن أو لم يذكر حكمه كان الثمن مضموناً عليه للراهن والرهن قد خرج عن الضمان.

وإن باعه لينتفع الراهن بالثمن وسلمه المرتهن إلى مشتريه قبل أن يقبض الثمن منه بإذن الراهن أو لا وكانت العادة جارية بتسليم المبيع قبل قبض الثمن إلى مثل هذا المشتري أو كان المشتري هو البائع وكان تسليم المرتهن بإذن الراهن فلا ضمان عليه في ذلك، فأما حيث فر المشتري قبل قبضه للمبيع

---

(١) " شرح الأزهار " (٨ / ٥٧ – ٥٨).

فصل

(**ولا يضمن المرتهن** [١]) مما جناه الرهن شيئاً خلافاً لأبي حنيفة، لنا "وعليه غرمه" قالوا مجمل كما تقدم، قلنا الأصل براءة المرتهن قالوا: انتقلت بلزوم حفظه كما تقدم وكالغصب[أ] بجامع الضمان وإلا لم يكن لقوله: (**إلا جناية العقور**) وجه.

قلت: ولذلك منع بعض أهل المذهب ضمانة لجناية العقور أيضاً، لكنه استثنى ما لو ارتهنه مع العلم بعقره لأنه حينئذٍ كالمتدرك بالحفظ وفيه نظر لأن معنى الحفظ حفظه من التلف لا حفظ ما أتلف .

وأما الاعتذار بأنه لا يضمن إلا (**إن فرط**) فرجوع[ب] إلى قول الفريقين[٢] أن

فإن البائع يقبضه عن المشتري وإن الحاكم يجبره على تسليم الثمن، انتهى. وأطال النفس في ذلك بما أفاد أن مناقشة الشارح صحيحة على أصل المذهب إذا كانت العادة جارية بخلاف ذلك.

(فصل) ولا يضمن المرتهن

(أ) **قوله:** وكالغصب، أقول: فإن جنايته على الغاصب ولا يخفى بعد هذا القياس فيد الغاصب يد عدوان يناسبها تضمينه جناية ما غصب بخلاف يد المرتهن فهي بإذن الشارع والمالك، وأما جناية العقور فلزمت لأجل التفريط، فالجناية كأنها من المرتهن فلا يتم قوله إنه لا وجه للزومها إذ لم يقل بلزوم مطلق الجناية.

(ب) **قوله:** فرجوع إلى قول الفريقين، أقول: بل تخصيص بلزوم حفظ العقور لا غير إلا أنه لا بد من دليل للتخصيص وقد أشرنا إليه آنفاً بأنه التفريط.

---

(١) هذا صحيح وقد قدمنا أنه لا يضمن إلا ماجنى أو فرط ، فإذا فرط في حفظ العقور كان هذا التفريط أحد السببين الموجبين لثبوت الضمان عليه ، وإذا لم يحصل منه تفريط فضمان ما جناه العقور على مالكه وهو الراهن ، لأن كونه عقوراً يوجب ثبوت الضمان عليه ، وإذا كان الرهن عبداً فجنى ما يوجب القصاص وجب تسليمه للقصاص وإذا اختار المجني عليه الأرش كان متعلقاً برقبة العبد ووجب تسليمها إليه .

" السيل الجرار " (٢ / ١٥) .

(٢) " البيان " للعمراني (٦ / ٩٢ – ٩٤) " بدائع الصنائع " (٦ / ١٤٣) .

الحفظ على المرهن وإلا لناقض إيجابه على الراهن تضمين المرهن ولا يقال الواجب على الراهن إنما هو مؤن الحفظ لا نفسه ، لأن ذلك وهم فاسد فإن الحفظ ليس إلا تحمل المؤن والمشاق المانعة عن ضرره وإضراره (**وإلا**) يفرط (**فعلى الراهن**) الضمان (**إن لم تهدر**) لكونه جناية من لا يضمن جنايته كما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى .

(**و**) جناية الرهن (**لا تخرجه عن صحة الرهنية [٤/٣٢] والضمان**) لفائتة (**إلا أن**) يكون عبداً فيجنى[1] جناية بحيث (**يجب**) فيها أحد أمرين .

إما (**القصاص**) إن كانت جراحة عمد (**أو التسليم**) لرقبة العبد وذلك حيث تكون الجناية جراحة خطأ أو على مال ويختار السيد تسليم رقبته بجنايته فإنه ينفسخ الرهن حينئذ بشرط أن يستحق القصاص أو التسليم .

(**والمالك متمكن من الإيفاء** [2]) للدين (**أو الإبدال**) للرهن لأنه إذا كان غير متمكن من أحد الأمرين كان حق المرهن أسبق من حق المجني عليه فيباع بالدين ويقال للمجني[أ] عليه ابتع العبد إلا أن هذا هوس لأن الحق المتقدم والمتأخر بعد تعلقهما سواء

(أ) **قوله:** ويقال للمجني عليه ابتع العبد، أقول: عللوا هذا بأنه يكون وفاء بالحقين سواء كانت الجناية

---

(١) انظره مفصلاً في " المغني " (٦ / ٤٩٠ – ٤٩٢) .

(٢) وأما قوله : " والمالك متمكن من الإيفاء أو الإبدال " فوجهه أنه قد تعلق بهذا الرهن حق المرهن فيحبسه حتى يستوفي دينه أو يبدله الراهن برهن آخر ، فإن لم يتمكن الراهن من أحد الأمرين استسعى العبد بما تعلق برقبته حتى يوفي ما عليه من أرش الجناية ، ويبقى رهناً ، هذا أعدل ما يقال وأحسن ما يقتضى به ، ويكون تعلق حق المرهن به مسوغاً لمثل ذلك ليحصل الوفاء بالحقين ، ولا ظلم على العبد فهو إنما استسعي بجناية .

وأما قوله : " ولو تقدمت العقد " فلا وجه له ، فإن تقدم الجناية على الرهن قد أوجب تعلقها برقبة العبد فكان المجني عليه أحق بها ، ولم يكن إذ ذاك قد عارض هذا الحق في رقبته ماهو حق للمرهن ، فالراهن عند رهنه له كأنه رهن ماهو لغيره ، وأما تعليل ما ذكره بأنه بقي للسيد في العبد تصرف فهذا التصرف الذي بقي له على تقدير التسليم لا يبلغ إلى هذا الحد المقتضي لخلاف ما توجبه الجناية المتعلقة بالرقبة . " السيل الجرار " (٣ / ١٥ – ١٦) .

لأن التقدم إنما يعتبر فيما إذا منع المتأخر من التعلق كما في رهن المؤجر ونحو ذلك، وأما على فرض صحة تعلقهما معاً فالتقدم والتأخر طرد في الفارق وإلا لكان تقدم حق الراهن للعبد فيه مانعاً من تعلق حق الجناية برقبته فالحق هو تقديم حق الجناية لأن لحق المرتهن بدلاً وهو تسليم الدين ولا بدل لحق المجني عليه عند اختيار المالك تسليم العبد بجنايته اللهم إلا أن يقال ليس له الاختيار لذلك هنا لأنه ممنوع منه بحق المرتهن فيتعين عليه الأرش لا الرقبة (**وكذا**) لا يخرج الجاني عن صحة رهنه (**لو تقدمت**) أي وقعت منه الجناية قبل (**العقد**) للرهن لأن الأصل بقاء صحة تصرف المالك فيه جانياً أو غير جان لئلا يتوهم أن تقدم الجناية كتقدم الرهن في أن المتقدم منهما يمنع تعجيل المتأخر أو يتوهم أن السيد إذا رهنه فقد اختار نقل دين الجناية إلى ذمته.

نعم يكون تعلق الجناية برقبة العبد عيباً إذا جهله المرتهن حال الرهن ثبت له الرد به (**و**) الرهن (**يخرجه عنهما**) أي عن الرهينة والضمان (**الفسخ**) للرهنية للواقع بين المتراهن (**وسقوط الدين بأي وجه**) وقال أبو طالب[1] الضمان باق بعد الإيفاء لا بعد

توجب القصاص أو الأرش فإنهما يؤخران حتى يستوفي المرتهن هذا هو المذهب وهو أن دين الجناية أقدم موسراً كان المولك أو معسراً وعن المنتخب أن دين المرتهن أقدم موسراً كان المالك أم معسراً، وقول الشارح أن تعلقهما سواء، إن سلم قيل له فما المخلص فإنه لا بد من العود إلى أحد الأقوال.

وقلنا : إن سلم له أي إن تعلقهما سواء وإلا فالتحقيق أن التعليق ليس سواء لأن حق المجني عليه متعلق بالرقبة وحق المرتهن ثابت في الذمة فلا يفوت بفوات العين[2]، فالحق هو تقديم حق الجناية لما ذكرناه وذكره آخراً [٤/٣٣].

---

(١) قال ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ٦٢) وأما إذا استوفى فعند المؤيد بالله يخرج عن الرهينة والضمان ، وعند أبي طالب يخرج عن الرهينة ، ولا يخرج عن الضمان حتى يقبض .

(٢) انظر : " المغني " (٦ / ٤٩١) .

الإبراء حتى يقبضه الراهن لأن الإيفاء إنما يسقط استحقاق الحبس والضمان مستصحب البقاء، قلنا يلزم في الإبراء أو سقوطه فيه وفاق.

وأجيب بالفرق بأن الإبراء كشف عن عدم استحقاق قبض الدين فانعطف على عقد الرهن بالإبطال (**و**) يخرجه عنهما أيضاً (***زوال القبض***) من المرتهن للرهن الباقي لئلا يرد أن التلف مزيل للقبض وهو مخرج عن الرهنية مطلقاً سواء كان بفعله أو (**بغير فعله**) ولا يخرج عن الضمان.

وبالجملة لا تلازم بين انتفاء الرهنية [٤/٣٣] وبين انتفاء الضمان لحصول انتفاء الرهنية بالتلف دون حصول انتفاء الضمان لأن وصف الرهنية أخص من وصف الضمان، وانتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم وحينئذ يعلم أن لا مخصص لاستثناء المنقول بقوله (***إلا المنقول***) لأنه وغير المنقول سواء في أن زوال القبض أن كان بالتلف حساً أو حكما كما يستولي عليه الكافر الحربي فقد خرج الرهن عن الرهنية وإن لم يخرج عن الضمان.

وإن لم يكن زوال القبض بالتلف[أ] بل بالغصب ونحوه لم يخرج عنهما لأن حق المرتهن من الحبس كحق المالك من الملك لا يصلح الغصب سبباً لإبطالهما ثم إخراج العبد الآبق

(أ) **قوله:** بل بالغصب ونحوه، أقول: قالوا الغصب في المنقولات بمنزلة الإتلاف ولهذا يسلم الغاصب القيمة من يوم النقل، وإذا كان بمنزلة الإتلاف خرج عن الرهنية وإن لم يخرج عن الضمان فيضمنه المرتهن، فإن خروجه من يده بمنزلة تلفه تحت يده فيضمنه ضمان الرهن ويضمنه الغاصب ضمان الغصب وللمالك مطالبة أيهما شاء وللمرتهن مطالبة الغاصب أيضاً إذ لم يبطل حقه بيد الغصب.

عن الرهنية والضمان بالإباق كما أشار إليه بقوله: (**غالباً**) تخصيص[أ] من دون مخصص قال "ط" [1]وما بطلت رهنيته بزوال القبض فإنها (***تعود إن عاد***).

قلت[ب]: إلا ما مالكه الكافر الحربي بالاستيلاء لانقطاع ملك الراهن به فانقطاع حق المرتهن أولى وأما اختصاص المالك به إذا عاد فإنما هو تجدد ملك لا على القول بأن الكافر لا يملك ما استولى عليه من مال المسلم على[ج] أن ذلك أيضاً لا يتمشى على المذهب في كون استمرار القبض شرطاً للرهن لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فتجدده مفتقر إلى مجدد وإلا لزم قول "المنتخب"[2] والإمام يحيى[3] والشافعي[4] أن استمرار القبض ليس شرطاً فلا يصح الحكم بأن زوال القبض مخرجاً له عن الرهنية كما حققناه آنفاً .

(أ) **قوله:** تخصيص من دون مخصص، أقول: قد ذكر مؤلف الأثمار أن العبد أيضاً كالمنقولات في عدم خروجه عن الرهنية والضمان، وأما المصنف[5] فعلل إخراجه من المنقول بقوله وإنما لم يضمن العبد بالإباق لأنه زال القبض بغير فعل المرتهن ولا ضمان لقيمته على أحد فلم يكن كتلفه تحت يده بخلاف ما لو غصب العبد غاصب فإنه كتلفه في يد المرتهن، انتهى.

(ب) **قوله:** قلت: إلا ما ملك الكافر الحربي، أقول: في الغيث، واعلم أن هذا يريد العود رهناً إنما يكون حيث لا يبطل الرهن وأما حيث يبطل وذلك حيث يستولي عليه الكفار أو يخربه العدو حتى يبطل نفعه فإنه قد بطل الرهن.

(ج) **قوله:** على أن ذلك لا يتمشى على المذهب، أقول: حذف الأثمار هذه الجملة المنسوبة إلى أبي طالب، قال الوابل إنما حذفها اختياراً منه أن الرهن لا يعود بعد بطلانه إلا بتجديد.

---

(١) كذا في المخطوط ، والذي في " شرح الأزهار "لابن مفتاح (٨ / ٦٨) قال السيد أبو طالب وإذا زال قبض المرتهن عن الرهن بأي الوجوه التي تقدمت (و) جب أن (يعود) وهنا (إن عاد) إلى يده ، حكي ذلك للحنفية ، وقرره أهل المذهب للمذهب .

(٢) انظر : " البحر الزخار " (٤ / ١٢٢) .

(٣) ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ٦٦) .

(٤) " البيان " للعمراني (٦ / ١١٩ – ١٢٠) .

(٥) انظر : " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٨ / ٦٧) .

(**و**) أيضاً لا يصح[أ] القول بأن له المرتهن (**لا يطالب قبله**) أي قبل العود (**الراهن**) بالدين لأن زوال القبض إذا أخرجه عن الرهنية والضمان كان له المطالبة بتسليم الدين وإبدال الرهن .

(**و**) يخرج الرهن عن الرهنية والضمان (**مجرد الإبدال**) له برضى المرتهن (**عند م بالله**[1])[ب] لأن رضى المرتهن بالبدل فسخ[ج] لرهنية المبدل وقال أبو طالب[2] يستصحب على المبدل حكم الرهن حتى يقبضه الراهن ولكنه لا يتمشى إلا على أصل الحنفية أن ضمان الرهن لا يرتفع إلا بارتفاع يد المرتهن الحسية والحكمية عنه وإنما يرتفع

(أ) **قوله:** وأيضاً لا يصح، أقول: هذا أيضاً حذفه الأثمار قال النجري في شرحه أي قبل يعود المرهون إلى يده حيث زال[3] القبض بأي الوجوه فإن أَيِسَ من عوده قال عليه السلام في شرحه كان كتلفه تحت يده وقد مر حكمه ولعل هذا منه سهو لأن فيه مصادمة لما تقدم في تفسير الكتاب الصريح وهو أنه إذا زال القبض فقد خرج عن الرهنية والضمان، فإذا تلف بعد ذلك لم يضمن وكذا إذا أيس من عوده لأنه كتلفه كما ذكر فلا وجه لما ذكره.

(ب) **قوله:** عند المؤيد بالله، قال في "الغيث"[3]: أنه عائد إلى الثلاث المسائل قال الوابل وذلك لا يصح لأنه يخالف في زوال القبض، قال في شرح النجري والداعي للإمام إلى رده إلى الثلاثة الأوجه قوله وبسقوط الدين بأي وجه واللائق خلاف ذلك.

(ج) **قوله:** فسخ لرهنية المبدل، أقول: قد حذف هذا الأثمار استغناء عنه بقوله ويخرجه عنهما الفسخ، كما أشار إليه الشارح.

---

(١) أي المؤيد بالله ، ذكره ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ٦٩ – ٧٠) .

(٢) قال ابن مفتاح في " شرح الأزهار " (٨ / ٧٠) وقال أبو طالب : لايبطل ضمان الرهن الأول بمجرد الإبدال ، بل هو مضمون على المرتهن حتى يقبضه الراهن وربما صحح المذكورون كلام المؤيد بالله ، لأن أحد شروط الرهن العقد وقد بطل الرهن ، كما إذا فات القبض أو ألحق (غيث) .

(٣) " شرح الأزهار " (٨ / ٧٠ – ٧٢) .

كذلك بقبض المالك وهو يقتضى أن لا ترتفع الرهنية بالتفاسخ كما قيل، وهذا القول مبني على استصحاب حكم الرهنية حتى يقتضيه المالك.

(**و**) يخرج الرهن(***عن الضمان فقط***) أي دون الرهنية (***بمصيره إلى الراهن غصباً أو أمانة***) إلا أن هذا ينافي ما تقدم من أن إذن المرتهن بقبض الراهن له لا يرفع يد المرتهن وإنما[أ] يتمشى على كون استمرار القبض شرطاً [٣٤/٤] وإن كان ذلك يوجب الخروج عن الرهنية والضمان معاً.

وبالجملة كلام أهل المذهب في هذه المقامات بمكانة من الخبط (***أو***) يخرج عن الضمان فقط بكون الراهن (***أتلفه و***) لكن نفي خروجه عن الرهنية مجاز عن كونه يجب (***عليه عوضه***) وإلا فلا يخفى أن الحكم بالرهنية على تالف ظاهر الفساد إلا أن هذا يستلزم صحة قياس المبيع على الرهن في وجوب إبدال البائع له إذا أتلفه (**لا**) أنه يلزمه بإتلافه (***تعجيل***) الدين (***المؤجل و***) الرهن (***هو جائز***) أي ليس بلازم بقاؤه (***من جهة المرتهن***) بل له إسقاط ما يستحقه من حبسه قال المصنف لأن له أن يسقط حقه.

وأقول التزامه لضمانه حق للراهن فليس له التبرؤ منه كالكفالة (**و**) إلا لزم أن لا (***يصح الزيادة فيه***) لأن[ب] معنى صحتها لزومها من جهة الراهن وهو إنما دخل فيها

(أ) **قوله:** وإنما يتمشى.. إلخ، أقول: تقدم للشارح أن ضمان الرهن مشروط ببقائه في يده وهو قياس وصفه بالقبض في الآية [٣٤/٤].

(ب) **قوله:** لأن معنى صحتها لزومها، أقول: الظاهر أنه ليس معنى صحتها إلا أنها لا تبطل الرهن ولا يحدث بسببها شيء يختل به، لا أنها تلزم الراهن وإلا لقال وتجب الزيادة فيه.

---

(١) فظاهر لا يحتاج إلى ذكره ، لأنه إذا أسقط حقه من الحبس سقط بل إذا أسقط دينه من الأصل سقط .
" السيل الجرار " (٣ / ١٧) .

على الجواز إذ لا يجب عليه بعد انعقاد الرهن والتراضي بكفاية المزيد عليه ولا للمـــرتهن طلبها بعد ذلك كما ليس له طلب تعجيل المؤجل •

(**و**) أما الزيادة (**فيما**) أي في دين (**هو**) أي الرهن (**فيه**) فلا شبهة في صحة ذلك بمعنى أن المرتهن يستحق قبض ذلك الرهن في الزيادة والمزيد عليه ولو قال على مـــا هو فيه لكان أولى، لأن الزيادة إنما هي عليه لا فيه كما لا يخفى •

(**و**) إذا اختلف المتراهنان كان (***القول***[1] ***للراهن في قدر الدين***) لأن الغالب أنه يدعي الأقل والأصل عدم الزيادة كما تقدم (**و**) كذا في (**نفيه**) أي نفي تعلقه بـــه بالأصالة (***ونفي الرهنية***) لكن الفرض أن الخلاف بين المتراهنين ومع[أ] انتفاء الـــدين والرهنية لا يكون مما نحن فيه •

(**و**) كذا القول للراهن (***في نفي القبض***) أي قبض المرتهن له (***والإقباض***) أي تسليمه الرهن إلى المرتهن ليقبضه رهناً هذا (**حيث هو في يده**) أما لو تنازعا وقـــد صار في يد من له الدين كان القول قوله في دعوى القـــبض والإقبـــاض لأن المفـــروض تصادقهما على عقد الرهن، وإنما اختلفا في الإقباض فالراهن يدعى[ب] فساد العقد بنفـــي

(أ) **قوله:** ومع انتفاء الدين والرهنية لا تكون مما نحن فيه، أقول: هو كما قال في الدين لأنه إذا لم يقـــر له بدين أصلاً فلا رهنية، وقد حذف الأثمار والفتح لفظ: "وفي نفيه" وبقيا "ونفي الرهنية" ومثلاه بما لو قال عندك لي كذا. فهذا رهن فيه قال دينك ثابت عندي وليس هذا رهناً فالقول قوله في نفـــي الرهنية.

(ب) **قوله:** يدعى فساد العقد، أقول: يعني والأصل الصحة والأثمار حذف قيد حيث هو في يده قال

---

(١)القول لمنكر الزيادة والبينة على مدعيها ، ولا وجه لإطلاق كون القول للراهن في القدر ، وأما كون القول للـــراهن في نفي الرهينة فصحيح لأن الأصل عدمها ، لكن إذا كان الرهن قد صار في يد المرتهن كان الظاهر معـــه والظـــاهر عندهم مقدم على الأصل ، فيكون القول قوله وهكذا القول للراهن في نفي القبض والإقباض لأن الأصل عـــدمهما هو من يده وإلا كان الظاهر مع المرتهن وهو مقدم على الأصل ، وهكذا يكون القول قول الراهن في نفي العيب =

القبض بالإذن وقد عرفناك ما في اشتراط القبض من خلل، وإنما كان القول قول الراهن في نفي الإقباض لأنه الأصل أما على ما قدمنا لك من أن القبض بالإذن ليس بشرط فلا ثمرة لهذا الاختلاف في وقوعه أو نفيه .

(**و**) القول للراهن أيضاً في نفي (***العيب و***) نفي (***الرد***) للرهن إليه (**و**) في نفي أن ما رده المرتهن هو (***العين***) المرهونة [٣٥/٤] ولا وجه لقوله: (***غالباً***) لأنه فسره بما لو قال الراهن هذا رهني فلم يصادقه المرتهن وذلك ليس من نفي العين، بل من تعيينها على المرتهن .

وإنما يكون القول قول الراهن في الرد والعين (***ما لم يكن المرتهن قد استوفى*** [1])، أما لو كان قد استوفى فقد صار أميناً يقبل قوله بناء على عدم استصحاب الضمانة قبل قبض الراهن وعدم استصحابها باطل لأنه في يد المرتهن كالمبيع في يد البائع بعد استيفائه للثمن فيتلف من ماله .

شارحه اختار مذهب أبي طالب[2] أن الإبراء يخرج الرهن عن الرهنية والضمان بخلاف الاستيفاء والأزهار بناه على مذهب المؤيد [٣٥/٤]. شارحه اختار مذهب أبي طالب أن الإبراء يخرج الرهن عن الرهنية والضمان بخلاف الاستيفاء والأزهار بناه على مذهب المؤيد[3] [٣٥/٤].

= ونفي الرد لأن الأصل عدمهما .

" السيل الجرار " (٢ / ١٧) .

(١) وأما قوله : " وفي العين مالم يكن المرتهن قد استوفى " فوجه ذلك أن الأصل عدم رد العين المرهونة إلا أن يكون المرتهن قد استوفى دينه ، فإن ذلك قرينة على عدم بقاء الرهن لديه فيكون الظاهر معه وهكذا يكون القول قول الراهن في نفي رجوع المرتهن عن الإذن بالبيع مع اتفاقهما على أصل وقوع الإذن ، لأن الأصل عدم الرجوع ، وهكذا يكون القول قول الراهن في بقاء الرهن وعدم تلفه لأن الأصل البقاء .

" السيل الجرار " (٣ / ١٧ – ١٨) .

(٢) انظر : " شرح الأزهار " (٨ / ٧٧) .

(٣) انظر المصدر السابق .

(**و**) كذا القول قول الراهن في نفي (**رجوع المرتهن**) إذا ادعى أنه رجع (**عن الإذن**) للراهن (**بالبيع**) وكانت الدعوى بعد البيع (**و**) إذا ادعى المرتهن أن الرهن قد تلف فالقول للراهن (**في بقائه**).

واحترز بقوله: (**غالباً**) عما لو ادعى ورثة المرتهن تلفه قبل موت المرتهن فإن[أ] ذلك بمترلة إنكارهم قبضه فالقول قولهم فيه .

(**و**) إذا ادعى المرتهن أن التسليط مطلق وقال الراهن هو مقيد بأي قيد كان القول (**للمرتهن في إطلاق التسليط** [1]) لأن التقييد زيادة والأصل عدمها (**و**) كذا إذا تصادقا على أمره ببيع الرهن لكن ادعى الراهن أنه قيد الثمن بقدر معلوم كان القول قول المرتهن في إطلاق (**الثمن**) عن التقييد .

(أ) **قوله:** فإن ذلك بمترلة إنكارهم قبضه، أقول: قالوا لو أقروا بقبضه وادعوا تلفه بينوا هكذا وهو المخالف لما تقدم في ورثة المضارب، وقد ذكروا الفرق بأن الوارث هنا حيث ادعى تلف الرهن مع مورثه غير مدع لسقوط الضمان من التركة، بل هو مقرر للضمان فيها، والأصل عدم مصيره إليه فهو غير مرتهن هنا، فأشبه الأمين بخلاف حيث ادعى تلفه بعد، قالوا: والمرتهن لا يقبل قوله في تلف الرهن، وأما وارث المضارب حيث ادعى تلفه فهو أمين يقبل قوله كالمضارب نفسه، وأما حيث ادعى تلفه مع مورثه فهو مدع سقوط الضمان من التركة، والأصل لزومه فافترقا كذا قيل ذكره ابن بمران في شرحه.

---

(١) وأما قوله : " وللمرتهن في إطلاق التسليط " فوجهه أن التقييد بوقت معين زيادة والأصل عدمها ، وأما في التوقيت أي في قدر الوقت فالقول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها ، وهكذا في قدر القيمة وقدر الأجل القول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها وهكذا يكون القول قول المرتهن في أن الباقي هو الرهن لأن الأصل بقاؤه على الحالة التي كان عليها والتلف خلاف الأصل ، وهكذا يكون القول قول المرتهن إذا كان له على الراهن دينان أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر ليس كذلك ، فقبض أحدهما واختلفا هل المقبوض ما فيه الرهن أو الضمين أو الآخر ، فإن القول قول المرتهن لأن الراهن يدعي ارتفاع الرهينة أو الضمانة ، والأصل عدم ذلك .

" السيل الجرار " (٣ / ١٨) .

(و) أما قوله أن القول قول المرتهن في (***توفيته***) أي التسليط فكان حق العبارة في قدر الوقت لأن الكلام فيما إذا تنازعا في قدر[أ] الوقت (و) كذا القول قول المرتهن في (***قدر القيمة و***) قدر (***الأجل***) لأن الغالب أنه يدعى الأقل (و) كذا لو كان عند المرتهن وديعة ورهن فتلف أحدهما فادعى المرتهن أن التالف هو الوديعة لئلا يضمن، وقال الراهن التالف هو الرهن كان القول قول المرتهن (***في أن الباقي***) هو (***الرهن***) والتالف هو الوديعة .

(و) مثله لو كان على الراهن دينان للمرتهن، أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر لا رهن فيه ولا ضمين فدفع المدين أحد الدينين ثم اختلف (***بعد الدفع***) كان القول قول المرتهن (***في أن ما قبضه ليس عما فيه الرهن أو الضمين***) بناء على أن الأصل عدم ارتفاع الرهنية أو الضمانة .

(و) القول قول المرتهن في (***تقدم العيب*** [1]) على قبضه للرهن لأن الأصل بقاء الدين والحكم بتأخير العيب مسقط له أو بعضه فيستصحب بقاؤه حتى يصح مسقطه ولا

(أ) **قولـه:** في قدر الوقت، أقول: هو كما قال الشارح، وقد مثله في "الغيث"[2] بأنهما إذا اتفقا على أن التسليط مؤقت لكن قال الراهن: أذنت لك ببيعه بعد شهرين من يوم كذا، وقال المرتهن بعد شهر فالقول قول المرتهن، انتهى.

قلت: لك أن تصلح العبارة بتقدير مضاف أي قدر توقيته وقرينة التقدير واضحة [٣٦/٤].

---

(١) وأما قوله : " وفي تقدم العيب " فغير ظاهر بل الأصل عدم التقدم فالبينة على مدعي التقدم ، وهكذا لايكون القول قول المرتهن في دعوى فساد العقد لأن الأصل عدم ذلك مع كونه يريد بهذه الدعوى إسقاط حق عليه ولكن إذا كان وجه الفساد موجوداً فالظاهر معه ، ويمكن أن يقال إن الأصل عدم وجود هذا الوجه المفسد للرهن قبل التراهن كما تقدم في تقدم العيب .

" السيل الجرار " (٣ / ١٨) .

(٢) " شرح الأزهار " لابن مفتاح (٨ / ٧٩ – ٨٠) .

يقال الأصل عدم تقدم العيب أيضاً لأن ذلك ممنوع فإن الأصول إنما هـــي الظـــواهر ولا ظهور لتأخره وفرق بين ظهور العيب وظهور تأخره.

واحترز بقوله: (***غالباً***) عما لو قامت قرينة [٣٦/٤] على تأخر العيب فإن ذلك يستلزم ظهور التأخر فيكون أصلاً (***و***)، أما أن القول قول المرتهن في دعـــوى (***فساد العقد***) لئلا يكون الرهن مضموناً عليه وكانت دعواه (**مع *بقاء الوجه***) المقتضـــى للفساد (**كرهنيته خمراً**) وقال الراهن بل عصيراً لم يختمر وكان أيضاً الاختلاف بينهما (***وهي***) أي الخمر (**باقية**) على الاختمار فذلك كدعوى تقدم العيب سواء فلا نكرر الكلام فيه.

فهرس موضوعات الجزء الخامس من ضوء النهار مع حاشيته " منحة الغفار "











